

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

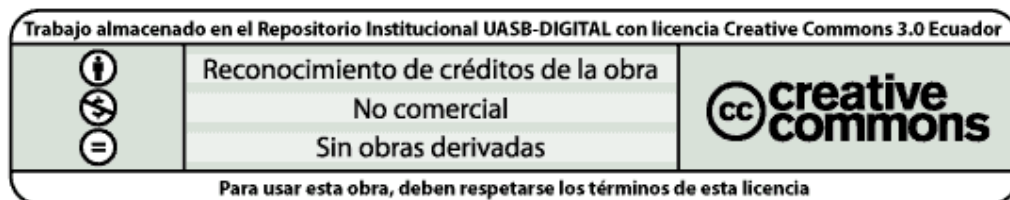
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**La potestad sancionadora de la administración pública en
contratación pública**

Paola Fernanda Matute Mera

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Paola Fernanda Matute Mera, autora de la tesis intitulada “La potestad sancionadora de la Administración Pública en Contratación Pública”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 30 de septiembre de 2016

.....

Paola Matute Mera

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Contratación Pública y Modernización del Estado

**La potestad sancionadora de la Administración Pública en Contratación
Pública**

Autora: Paola Fernanda Matute Mera

Tutora: Eddy María de la Guerra

Quito, 2016

Resumen

La presente investigación se refiere a la potestad sancionadora, de la cual se encuentra investida la Administración Pública, como el medio para que las personas que hacen parte de una sociedad tengan plena conciencia de que los actos que contravienen las disposiciones legales establecidas, son sancionados, más aún cuando aquellos actos ocasionan perjuicios al Estado, como el llamado a precautelar los intereses públicos, por ello en el ámbito de contratación pública la potestad sancionadora también se hace presente, por ello la importancia de identificar cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la doctrina la abordan.

El Ecuador con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concentra en una sola norma las disposiciones que tanto las entidades públicas como los proveedores, oferentes o contratistas deben observar durante los procesos y procedimientos de contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y provisión de servicios, incluidos los de consultoría, de ello que la potestad sancionadora será extensiva a los proveedores y servidores públicos encargados y obligados aplicar las normas que rigen la contratación pública en el Ecuador.

Es importante considerar que nuestra legislación es cuantiosa en lo que se refiere a lineamientos que las entidades contratantes deben aplicar en cuanto a planificación, transparencia y políticas públicas, pues en ellas se establecen los objetivos o caminos a seguir para hacer del Ecuador un país próspero en salud, educación, etc., lo que haría pensar que el ejercicio diario de la contratación pública, no es más que la materialización de aquellas disposiciones normativas y a través de su debido cumplimiento, el Estado ecuatoriano debería brindar desde todos sus niveles de gobierno, servicios públicos y en general, condiciones óptimas para el desarrollo de cada uno de sus habitantes, sin embargo ello nos insta a que deban existir sanciones para aquellos que por sus acciones y omisiones menoscaban esa finalidad del Estado.

Bajo estos criterios se pretende principalmente conocer cuáles son las infracciones, sanciones aplicables y organismos públicos que ostentan la potestad sancionadora en contratación pública.

Agradecimiento

A Dios por la vida y las oportunidades de crecer personal y profesionalmente.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por su dedicación y entrega a favor de quienes buscamos un espacio de discusión y enseñanza.

A la Dra. Eddy de la Guerra por su guía y apoyo incondicional.

Dedicatoria

A mis padres por lo que hicieron y lo que siguen haciendo en mi vida, a mi amado esposo Patricio y a mi hija Paula, gracias por su tiempo, apoyo y amor.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	9
Capítulo primero.....	11
La Administración Pública	11
1.1 El Estado, sus elementos esenciales y fines	11
1.1.1 Elementos esenciales del Estado.....	19
1.1.2 Clases o formas de estado.....	22
1.1.3 Fines del Estado	24
1.2 La organización jurídico política del Estado ecuatoriano	28
1.3 La administración pública y sus diversas potestades	39
1.3.1 Características de la Administración Pública	40
1.3.2 Elementos de la Administración Pública	41
1.3.3 Principios que rigen la actividad de la Administración Pública	42
1.4 Potestades del Estado	57
1.4.1 Formas de atribución de potestades	58
1.4.2 Características.....	58
1.4.3 Clasificación	59
Capítulo segundo	78
Naturaleza y alcance de la potestad sancionadora de la administración pública	78
2.1 Legitimidad de la potestad sancionadora	78
2.1.1 Principios de la potestad sancionadora	82
2.2 Tipicidad	103
2.3 Sanción	107
2.3.1 Características de la sanción administrativa	109
2.3.2 Fines de la sanción administrativa:	109
2.4 Infracción.....	112
2.4.1 Características de la infracción	112
2.5 Derecho de repetición	113
Capítulo tercero	117
3.1 La potestad sancionadora en los contratos públicos.....	117
3.1.1 Contratos Administrativos	117
3.2 Clasificación de sanciones.....	141
3.3 Infracciones relativas a los funcionarios y servidores públicos, previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	142
3.3.1 Infracciones relativas a los proveedores del Estado	148

3.3.2	Infracciones concurrentes	152
3.4	Procedimiento de aplicación de sanciones a contratistas del Estado	152
3.4.1	Procedimiento de aplicación de sanciones a servidores o funcionarios públicos.	153
3.4.2.	Alcance de la potestad sancionadora del Servicio Nacional de Contratación.....	155
4.	Conclusiones y recomendaciones	165
4.1	Conclusión general:	165
4.2	Conclusiones específicas:.....	165
4.3	Recomendaciones	167
	BIBLIOGRAFÍA	169
	ANEXOS	178

Introducción

El tema propuesto en este estudio, intitulado “La potestad sancionadora de la Administración Pública en contratación pública”, busca enfocarse en el concepto, principios y fines de la potestad sancionadora y como ésta se refleja en la contratación pública, como una de las actividades desde mi punto de vista más importantes en el ámbito de la gestión pública, considerando que el funcionamiento adecuado de la Administración Pública, como el cumplimiento de los fines de un Estado, dependerá de aquellas obras, bienes o servicios que éste contrate, lo cual está ligado directamente con el gasto público. La tarea más importante es identificar cómo la potestad sancionadora se hace presente en contratación pública, que dispone la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre infracciones y sanciones así como la actuación del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Contraloría General del Estado en éste ámbito. Como objetivos específicos planteados, están el analizar las sanciones legales y contractuales que las entidades contratantes pueden aplicar a los contratistas, identificar la responsabilidad que la Administración Pública tiene al momento de establecer sanciones contractuales, e identificar si el Servicio Nacional de Contratación Pública, posee o no, potestad sancionadora. Esta investigación se divide en tres capítulos, en el primero, se aborda todo lo relacionado a la Administración Pública, sus características, elementos y principios, se abarcan conceptos de Estado, así como sus elementos esenciales y fines, se identifica la organización jurídico política del Ecuador en la actualidad; y, finalmente las potestades del Estado, todo ello con la finalidad de contar con suficientes elementos para establecer la importancia de la potestad sancionadora en la Administración Pública y de manera específica en contratación pública. El capítulo segundo está dedicado exclusivamente a la potestad sancionadora de la Administración Pública, como a través de los años se fue legitimando, los principios que la rigen y que las entidades públicas están obligadas a observar, precautelando así, los derechos y garantías de los ciudadanos en virtud del establecimiento de una sanción por el cometimiento de una infracción, se abarca la facultad del Estado de repetir en contra del servidor que por sus acciones u omisiones el Estado debió indemnizar a un particular. Y, en el capítulo tercero, se concreta el análisis de la potestad sancionadora en los contratos públicos o administrativos, la clasificación de

sanciones tanto para proveedores como servidores públicos dedicados a la contratación pública, el procedimiento de aplicación de sanciones a los contratistas así como el análisis de un caso práctico que nos permite evidenciar como el Servicio Nacional de Contratación Pública actúa, en virtud, según éste, a la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias en un proceso de contratación llevado a cabo en el GAD de Riobamba.

Capítulo primero

La Administración Pública

1.1 El Estado, sus elementos esenciales y fines

Para la comprensión del tema planteado en el presente trabajo de investigación, es necesario dedicar un capítulo a la revisión y análisis de algunos conceptos de Estado, dado que con el pasar del tiempo estos se han ido ajustando conforme las demandas ciudadanas y cambios estructurales provocados por la propiedad sociedad; identificar sus elementos y fines, nos permitirá entender qué espacio ocupa y qué fin cumple la potestad sancionadora dentro de lo que conocemos como Estado.

La denominación jurídico política de Estado fue definida por Maquiavelo en su obra *El Príncipe*, en la que planteó que:

Los Estados y soberanías que han tenido y tiene autoridad sobre los hombres, fueron y son, o repúblicas o principados. Los principados son, o hereditarios con larga dinastía de príncipes, o nuevos; o completamente nuevos, cual lo fue Milán para Francisco Sforza o miembros reunidos al Estado hereditario del príncipe que los adquiere, como el reino de Nápoles respecto a la revolución de España. Los Estados así adquiridos, o los gobernaba antes un príncipe, o gozaban de libertad, y se adquieren, o con ajenas armas, o con las propias, por caso afortunado o por valor y genio¹.

El tratadista Julio César Trujillo en su obra *Teoría del Estado en el Ecuador*, afirma que “[...] todos coinciden en que el estado que nosotros conocemos, es el resultado de un largo proceso de evolución de la organización social de la especie humana[...]”², evolución que la podemos evidenciar a través de un breve recorrido histórico de las organizaciones sociales más relevantes para la humanidad.

El Estado egipcio por ejemplo durante la existencia del Imperio, es una verdadera muestra de organización estatal, encabezada por el Faraón, destacándose a lo largo de los años por dos grandes capacidades, la capacidad de coerción y la capacidad de construcción, respecto de las cuales Marcelo Campagno manifiesta:

En primer lugar, el Estado se hace presente, quizá de modo más ostensible, en el ejercicio de su *capacidad de coerción*. [...] El monarca, es de hecho, un guerrero: mediante sus victorias militares, el rey afirma el orden que es permanente acechado por las fuerzas del caos. [...] En segundo lugar, más

¹ Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe* (Barcelona: Espasa-Calpe S.A., 1984), 3.

² Julio César Trujillo V., *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994), 32.

allá de esta capacidad de coerción, el Estado egipcio también ostentaba una singular *capacidad de creación*. Precisamente, la posibilidad de extraer una corriente de tributación en especie y en trabajo de la mayoría de la sociedad, ponía a disposición del Estado un cuantioso excedente en fuerza de trabajo y recursos alimentarios para llevar a cabo una política de construcciones a gran escala.³

La conquista de territorios, cobro de tributos y grandes construcciones eran a la época, el interés de muchos Faraones, figura política a quien le correspondía ejercer el poder y decidir sobre el devenir de la sociedad a su mando, si bien el Estado egipcio a mano de faraones finalizaría con la muerte de Cleopatra y la intervención del Imperio Romano, fue una destacada muestra de organización estatal. Según expone el autor George Jellinek:

La necesidad de una palabra general que comprendiese la formación del Estado, fue atendida en Italia [...] las palabras *regno, imperio, terra* ó *ciitá* (no bastaron) para expresar el carácter de los Estados de Florencia, Venecia, Génova, Pisa etc. Y entonces es cuando comienza a usarse la vos *Stato*, que va unida al nombre de una ciudad: *stato de Fiereze*⁴.

En la actualidad la palabra Estado se refiere más a la idea de país que de ciudad, sin embargo su aparición permitió justamente englobar su composición, fines y características, adicionalmente es importante señalar que los procesos de asociación y crecimiento territorial se dieron luego de conquistas y colonizaciones como es el caso del Ecuador, provocando que las ciudades se unieran con otras, obteniendo así, un espacio territorial más amplio.

En Grecia, para el autor Marcelo Campagno, fue en el siglo VIII donde “en las zonas del mundo griego con que los poetas épicos están particularmente familiarizados se ha desarrollado pues por entero, la ciudad-Estado, la polis [...]”⁵.

En Roma “[...] la idea principal que subyace en el pensamiento ciceroniano es la idea de que, en último término, lo que realmente importa, cuando de *res publica* se trata, no es la forma de gobierno, la estructura política o jurídica, sino la base humana personal, es decir, la Moral personal de los ciudadanos”.⁶

Entre el Estado Egipcio, la ciudad-Estado en Grecia y la res publica en Roma la concepción de Estado es muy diferente mientras que en Egipto se presenta como

³ Marcelo, Campagno, *Estudios sobre parentesco y Estado en el Antiguo Egipto* (Buenos Aires: Editorial Signos, 2006), 32,33.

⁴ George Jellinek, *Teoría General del Estado* (Buenos Aires: Editorial Albatros, 1978), 97.

⁵ Fritz Gschnitzar, *Historia Social de Grecia desde el período micénico hasta el final de la época clásica* (Sevilla: Ediciones Akal S.A.,1987), 64.

⁶ Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, (Sevilla: GRAFITRÉS S.L. UTRERAS, 2007), 62.

una fuerte organización de la cual emana el control y la coerción para beneficio del Imperio y a la cabeza el Faraón, en Grecia y Roma se refleja más una idea de que el Estado inicia y termina en las personas que lo conforman.

En el Ecuador el primero en usar el término Estado fue Francisco Javier Eugenio de Santa Cruz y Espejo, quien la emplea en una acepción más moderna, principalmente para referirse como “[...] toda monarquía o comunidad española, comprendida la metrópoli y todas sus colonias por oposición a la provincia de Quito”.⁷

Concepto que a la época es decir años antes del Primer Grito de la Independencia (10 de agosto de 1809), cobran sentido considerando que Francisco Javier Eugenio de Santa Cruz y Espejo, fue el precursor de la igualdad de los derechos entre indígenas y criollos, la independencia de las colonias españolas y los derechos de las mujeres.

Para el profesor ecuatoriano Aurelio García, Estado es “la sociedad organizada política y jurídicamente, dentro de los límites de un territorio determinado y bajo el imperio de una autoridad suprema e independiente”⁸, concepto que como muchos parte de sus elementos: sociedad/pueblo, territorio y poder/autoridad.

Se puede considerar que el Estado nace de la voluntad colectiva, pero para los pensadores y teóricos marxistas el Estado es “un instrumento de dominación utilizado por la clase capitalista para subyugar a las demás clases sociales, especialmente a la proletaria y mantenerlas sujetas a un régimen de explotación y servidumbre”⁹, visión nada fuera de la realidad cuando el quehacer estatal no responde a las verdaderas necesidades de quienes lo integran, debiendo recurrir a manifestaciones y huelgas para el reconocimiento de sus derechos.

Adicionalmente desde el punto de vista sociológico el Estado surge en virtud a un contrato social donde una persona renuncia a sus derechos para que otra asuma el poder y así lograr que la sociedad subsista.

7 Eugenio de Santa Cruz y Espejo, *Voto de un ministro togado de la Audiencia de Quito*, en *Teoría del Estado, Estudio de Derecho Constitucional*, Serie “Estudios Jurídicos”, vol. 8, en Julio César Trujillo V, (Quito: Editorial Ecuador, 1994), 32.

8 Aurelio García, *Ciencia del Estado*, 76, en *Derecho político y constitucional*, Rodrigo Borja (Quito: Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1991), 25.

⁹ *Ibídem*, 26.

De ésta sucinta revisión se puede concluir que el Estado surge como la forma de organización de una sociedad en un determinado territorio, sujeto a un poder de mando.

El Estado, será entonces el ente encargado de garantizar a la sociedad la seguridad y el bienestar social, entre sus objetivos se encontrará el mantenimiento del orden social, mediante los diversos órganos que se crean para ello;, y que ponen en práctica todas las normas relativas al Derecho, de esto que el Derecho surge a la par del Estado, debido a que para que el Estado pueda alcanzar sus fines, es necesaria la imposición de las normas jurídicas;, y los medios coercitivos para el cumplimiento de las mismas.

Surgiendo así las funciones principales del Estado, basadas en la teoría de la división de poderes “expuesta por Montesquieu, en 1748 en su famosa obra *L’esprit des lois*”¹⁰, teoría que para los tratadistas Fernando Garrido, Alberto Palomar y Herminio Losada es aceptada pues manifiestan: “la preocupación de asegurar la libertad de los ciudadanos”¹¹ permitiendo que “cada función estatal debe constituirse como competencia única y exclusiva de unos órganos expresamente ideados para ejercerla”.¹²

Quiere decir entonces que lo único que puede asegurar la libertad de los ciudadanos y desde mi punto de vista, un verdadero ejercicio de los derechos es a través de la designación de funciones específicas a organismos estatales específicos pero sobre todo independientes, es decir que en el ejercicio de éstas funciones sus autoridades velarán por el reconocimiento de los derechos de la persona, por encima de los intereses estatales o la función a la que representan.

Corresponde en este momento referirnos a éstas funciones, trayendo a colación algunos conceptos:

León Duguit, referido por Raymond Carré de Malberg, en su obra *Teoría General del Estado*, manifiesta: “se entiende por funciones estatales, en el derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones, o diversos modos de ejercicio, de la potestad estatal”.¹³

¹⁰ Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Losada, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I , 14a, ed, (Madrid: , Editorial Tecnos,2005), 41.

¹¹ *Ibíd*em, 41.

¹² *Ibíd*em, 41.

¹³ León Duguit (*L’État*, vol I, capítulo VI, 5 y 6; capítulo VII, 1; *Traité*, vol. I, pp 138 y ss.), en Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, (México: D.R. Fondo de Cultura Económica, 1998), 249.

En la misma obra al referirse a las funciones del Estado Carré de Malberg señala: “[...]las funciones estatales, conforme a una tradición muy antigua, se reducen por unanimidad de los autores a tres grandes clases de actividad: la legislación, la administración y la justicia”¹⁴, sobre estas actividades Carré cita la obra de O. Mayer, *Droit administratif allemand*, quien dice que la justicia es ‘la actividad del Estado para mantener el orden jurídico’, la administración es ‘la actividad del Estado en la realización de sus fines’.”¹⁵; y, en cuanto a la legislación el autor establece que ésta tiene como fin “establecer el derecho”.¹⁶

O. Mayer resume en buena forma las actividades o funciones del Estado y al mismo tiempo expone la enorme responsabilidad que tienen las autoridades a cargo de cada una de ellas, por lo tanto en gran medida el bienestar de una sociedad estará en manos de las autoridades que ejercen esas funciones, por ello cobra sentido la existencia de una potestad sancionadora hacia los funcionarios que coarten o mermen la naturaleza y propósito de las funciones del Estado.

Sin embargo de las definiciones planteadas por O. Mayer, es necesario concentrarnos en las ya muy aceptadas funciones del Estado, la función legislativa, la función judicial y la función ejecutiva.

Función Legislativa: La función legislativa puede estar representada por una Asamblea, como es el caso del Ecuador, Congreso, Parlamento o Cámara, su función será pues la elaboración, reforma o derogatoria de leyes que plasmen el sentir y necesidad de toda la ciudadanía.

Para Carré de Malberg, la función legislativa “se trata, pues de una función a través de la cual el Estado establece normas jurídicas donde las situaciones a resolver se contemplan abstractamente, impersonalmente, y no para que sirvan de solución a un caso concreto planteado”.¹⁷

Desde el año 2008 en el Ecuador la función legislativa la ejerce la Asamblea Nacional integrada por 137 asambleístas, repartidos en 12 comisiones permanentes.

En cuanto a la contratación pública en el Ecuador, el Pleno de la Asamblea Constituyente, expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, misma que fue publicada en el Registro Oficial 395, del 04 de agosto de 2008; y, su última reforma fue el 12 de septiembre de 2014.

¹⁴ Ibídem, 252.

¹⁵ Ibídem, 253.

¹⁶ Ibídem, 253.

¹⁷ Ibídem, 36.

Función Jurisdiccional: En el marco del concepto de Estado, donde los ciudadanos deben regirse a un ordenamiento jurídico será necesaria la existencia de un organismo encargado de resolver los conflictos o controversias que entre ellos existan y velen por el debido cumplimiento del mismo.

Su principal característica estriba en la aplicación de la ley al caso concreto. Si la ley, como antes vimos, contempla un supuesto abstracto, la jurisdicción se enfrenta con los casos concretos cuya solución se le pide.” “[...]debe insistirse en que la finalidad del acto jurisdiccional es declarar el Derecho en cada caso concreto”.¹⁸.

En cuanto a la Función Jurisdiccional, Raymond Carré de Malberg, parte del objeto de dicha función, e indica:

Según el concepto que de ello exponen numerosos autores, este objeto sería el de resolver litigios que se suscitan, bien sea entre dos personas con ocasión de sus relaciones de orden privado, bien entre un administrado y la autoridad administrativa respecto a los actos realizados por ésta. Así, pues, el ejercicio de la jurisdicción supondría necesariamente un litigio, una discusión entre partes que sostienen pretensiones contrarias, o por lo menos, sería suficiente que tal litigio se suscitara, para que hubiese lugar a una intervención jurisdiccional¹⁹.

Respectos a los actos emitidos por la Administración Pública, en el ámbito de contratación pública, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 105, prevé:

Art. 105.- Instancia única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.²⁰

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos COGEP, desde el 23 de mayo de 2015, se deroga la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y es el Código Orgánico General, el cual regula los procedimientos de todas las materias, excepto penales, en este caso, en Derecho Civil, Laboral, Inquilinato, Familia, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, por lo que de conformidad al artículo 300 de ésta normativa citada:

¹⁸ Ibídem, 36.

¹⁹ Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, 631.

²⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 04 de agosto de 2008), art. 105.

Art. 300.- Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder”.²¹

La conexión directa entre la Función Jurisdiccional y la potestad sancionadora de la Administración Pública en Contratación Pública aparece al momento en que un oferente o contratista se encuentra en total desacuerdo con la o las sanciones impuestas por la Administración o cuando los servidores públicos reciben sanciones producto de su desempeño en ésta materia y ambas acuden ante una instancia superior, en este caso el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en busca de justicia y resolución del conflicto, en manos de un tercero que valore las pruebas presentadas y resuelva la controversia.

Función Ejecutiva: La Función Ejecutiva, radica en la gestión de la Administración Pública; el conjunto de actividades o tareas administrativas que le permiten al Estado el cumplimiento de sus fines mismos que deberán ser definidos para beneficio de la sociedad y no del aparato estatal como se pensaría, por ello es indispensable cuestionarnos en qué medida el Estado debe invertir en su aparataje frente a las necesidades de la ciudadanía, de aquí que aparece otra razón por la cual debe existir un debido control al manejo de recursos públicos y de la mano del control la sanción correspondiente en el caso de evidenciarse prácticas ilegales.

Los tratadistas, Fernando Garrido, Alberto Palomar y Herminio Losada, en su obra “*Tratado de Derecho Administrativo*”, para identificar o establecer un concepto de la Función Ejecutiva, establecen el alcance de la Función Legislativa y Judicial, y señalan:

Cuando el Estado dicta una ley estableciendo un plan quincenal para la construcción de carreteras, ésta claro que la función legislativa se agota de suyo con el propio hecho de que dicha ley haya sido elaborada y debidamente promulgada; así mismo, cuando se dicta sentencia condenando a una delincuente a una determinada pena, por resultar probada su condición de autor de cierto delito la función jurisdiccional se agota... Ahora bien, ni con la ley de carreteras ni con el pronunciamiento judicial quedan totalmente satisfechas las necesidades sociales y jurídicas... He aquí la necesidad de la ejecución.²²

²¹ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial No. 506, (Quito, 22 de mayo de 2015), art. 300.

²² Fernando Garrido, Alberto Palomar, Herminio Losada, *Tratado de Derecho Administrativo*, 37.

En el Ecuador la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado; y,
- d) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.²³

De conformidad al artículo 10-2 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, entre las principales facultades de la Función Ejecutiva en el Ecuador tenemos:

- a) Control.- Es la facultad de comprobación, fiscalización, supervisión y vigilancia ejercida con la finalidad de velar por el interés general y el cumplimiento del ordenamiento jurídico;
- d) Evaluación.- Es la facultad de determinar, de manera sistemática y objetiva, la pertinencia, eficacia, eficiencia, efectividad e impacto de actividades, en relación a los objetivos programados y en base a un sistema de indicadores de gestión y resultados;
- e) Gestión.- Es la facultad para administrar, proveer, prestar, ejecutar y financiar bienes y servicios públicos, a través de políticas, planes, programas y proyectos;
- f) Planificación.- Es la facultad para establecer y articular políticas, estrategias, objetivos y acciones en el diseño, ejecución y evaluación de planes, programas y proyectos, para lograr un resultado esperado, previniendo las situaciones o escenarios desfavorables o riesgosos, y los obstáculos que puedan evitar o demorar el cumplimiento de dicho resultado;
- g) Rectoría.- Es la facultad de emitir políticas públicas nacionales o de Estado que orientan las acciones para el logro de los objetivos y metas del desarrollo, así como para definir sistemas, áreas y proyectos estratégicos de interés nacional, en función de su importancia económica, social, política o ambiental. Corresponde exclusivamente al Gobierno Central; y,
- h) Regulación.- Es la facultad de emitir normas para el adecuado y oportuno desarrollo y cumplimiento de la política pública y la prestación de los servicios, con el fin de dirigir, orientar o modificar la conducta de los agentes regulados.²⁴

De ésta última, la Función Ejecutiva, ejercida por el Presidente de la República, desde el año 2008, se han emitido varios Decretos Ejecutivos que regulan la contratación pública en el Ecuador, citando a manera de ejemplo el Decreto 1515, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 5, de 31 de mayo 2013, que establece las Disposiciones de Contratación Pública, para la adquisición y arriendo

²³ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial No. 536, (Quito, 18 de marzo de 2002), art. 10-2..

²⁴ *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 10-2.

de bienes y la prestación de servicios, relacionada al cumplimiento del principio de vigencia tecnológica.

1.1.1 Elementos esenciales del Estado

Revisadas las funciones del Estado es necesario conocer de qué y por quienes está compuesto el Estado es decir que elementos básicos deben constituirse para determinar su existencia.

a) Pueblo:

El pueblo es el factor más importante de un Estado, sin personas no hay Estado, pues son quienes desarrollan procesos de asociación; y, se encuentran ligados por factores históricos y culturales similares.

El autor George Jellinek, conceptualiza al pueblo o población de la siguiente manera:

Los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo. Al igual que el territorio, tiene el pueblo en el Estado una doble función: de un lado es un elemento de la asociación estatista, al formar parte de éste, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como un pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, el pueblo en cuanto objeto.²⁵

Para Jellinek, el pueblo cumple o se le atribuyen dos condiciones, la condición de sujeto y la condición de objeto, es decir que el Estado estará por el pueblo y para el pueblo, por ello que el poder que las autoridades ejercen es el poder otorgado por el pueblo y con éste emprender acciones para su desarrollo o crecimiento.

b) Territorio:

El territorio puede denominarse como el elemento físico de primer orden, que tiene que existir para que nazca y se conserve un Estado. Para que pueda constituirse un Estado tiene indudablemente que existir un territorio delimitado, en el que éste va a ejercer el poder.

A decir de Jellinek, el territorio del Estado es “[...] la tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el

²⁵ George Jellinek, *Teoría General del Estado* (Buenos Aires, Editorial Albatros, 1978), 304.

espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea, la del poder público. En este sentido jurídico la tierra se denomina: territorio”.²⁶

En la Constitución de la República del Ecuador, el territorio “constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales [...]”.²⁷

Hasta antes de los acuerdos de paz firmados con Perú, en el Ecuador se libraron guerras en defensa del territorio, lo que da muestra de la importancia del mismo dentro de un Estado.

c) Poder:

El autor Raymond Carré de Malberg, afirma que “una sociedad cualquiera no podría subsistir sin un poder social destinado a asegurar su funcionamiento”.²⁸

El poder por lo tanto está asociado a la capacidad o la autoridad de dominio, y control que se ejerce sobre los seres humanos. Mediante el poder se pretende limitar la libertad de la sociedad y lograr organizar y reglamentar su actividad diaria en todas las esferas.

El poder se puede ejercer de diferentes formas, mediante la fuerza, la coerción, de forma voluntaria, pero cualquiera que sea la forma de ejercer el poder, implican la existencia de una subordinación jerárquica de competencias o cooperación reglamentadas, teniendo siempre como objetivo que a sociedad alcance todos sus fines.

Evidentemente este poder o el alcance del poder será el que el pueblo le otorgue al Estado mismo que se ejerce a través de las autoridades que fungen en diferentes organismos estatales. El autor Jellinek, al referirse a este elemento del Estado, establece que:

Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación, por escasa fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros²⁹.

²⁶ Ibídem., 294.

²⁷ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít I, “Elementos Constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 4, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa, s.f.): 24.

²⁸ Raymond Carré de Malberg, “*Teoría General del Estado*”, (México: D.R. Fondo de Cultura Económica, México, 1998), 80.

²⁹ George Jellinek, *Teoría General del Estado* (Buenos Aires, Editorial Albatros, 1978), 348-350

Será la sociedad misma la que permita el surgimiento del Estado, pues quienes la conforman reconocerán la necesidad de un ente a quien se le pueda encomendar la organización y el desarrollo de actividades velen por el bienestar de todos.

d) Soberanía:

“Cualidad del poder del Estado que le permite autodeterminarse y autogobernarse libremente sin la intervención de otro poder de tal manera que el Estado soberano dicta su constitución y señala el contenido de su derecho.”³⁰

En el Ecuador este elemento se plasmó históricamente el 28 de septiembre de 2008 con la aprobación mediante referéndum constitucional del proyecto constitucional redactado por la Asamblea Nacional Constituyente, que derogó a la Constitución de 1998, específicamente el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador dice:

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.”

Desde mi punto de vista la soberanía es uno de los elementos más importantes que un Estado debe proteger, evitando la injerencia de otros Estados en los asuntos nacionales que le permite a la vez, ejercer el poder sobre la población que lidera, garantizando el orden y la paz interior.

Establecidos pues los elementos del Estado podremos referirnos a las características del Estado Moderno que a consideración del autor Pedro Salazar Ugarte son las que se enuncian a continuación:

“a) una cierta identidad territorial; b) la existencia de poder central suficientemente fuerte como para garantizar el orden interno y la seguridad exterior; c) la creación y desarrollo de una infraestructura administrativa, financiera, militar y diplomática, d) la consolidación de una unidad económica, fundamentalmente”.³¹

³⁰Jesús Ramírez Millán, *Derecho Constitucional Sinaloense*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1461/5.pdf>, 48

³¹ Pedro Salazar Ugarte, *El Estado moderno en México* (México: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2012), 372.

1.1.2 Clases o formas de estado

En el mundo el Estado nace y se compone conforme los elementos señalados pero puede presentarse de diferentes maneras como se indica a continuación.

a) Estado unitario o central

Esta es la primera forma en que se presentó el Estado como asumiendo una variante centralizada del poder. En esta forma, el poder se ejerce de forma unitaria sobre todo el territorio concentrado. La división administrativa solo es elegida por el centro de concentración el poder. Existe una sola Constitución con vigencia en todo el territorio del Estado.

El tratadista Juan Fernando Badía en su obra *El Estado Unitario* señala:

“Cuando un Estado posee —dice Prélot— sólo un centro de impulsión política y un conjunto único de instituciones de gobierno, constituye un Estado simple o unitario”.³²

En nuestro caso, el Ecuador es un Estado unitario conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que prevé:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.³³

b) Estado federal

“El Estado federal, se compone de otros estados que no pierden su identidad, por lo que tiene como característica importante la coexistencia de dos soberanías”³⁴, países como Alemania, Brasil, México, Argentina y Estados Unidos, se encuentran constituidos en estados federales, quienes se rigen por sus propias leyes pero al mismo tiempo se someten a decisiones del poder federal central.

c) Estado autonómico

En este caso, el Estado transfiere competencias ejecutivas, legislativas y judiciales a las regiones de un país, incluyendo los fondos presupuestarios establecidos por ley. Sin embargo, todas las regiones comprendidas en el territorio

³²Juan Fernando Badía, *El Estado Unitario*, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1705426.pdf>, 17.

³³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít I, “Elementos Constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 1, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa, s.f.): 23.

³⁴ César Enrique Romero, *Técnicas políticas: formas de Estado y formas de Gobierno* (Buenos Aires: DIALNET, 1975), 83.

nacional forman parte de un solo país, que en este caso se llama Estado Unitario Autonómico.³⁵ Un ejemplo de Estado autonómico es España.

d) Estado confederado o confederación

El derecho a decidir una forma propia de gobierno responde a la autodeterminación, la cual está representada en un Estado soberano, el mismo que es independiente al orden jurídico que haya sido impuesto por otro estado; sin embargo existen otras formas bajo las cuales se puede ejercer un derecho de las mismas características a través de la agrupación de otros pueblos, constituyendo de esta forma un Estado confederado.³⁶

La confederación pretende unir a Estados soberanos para someterse a determinadas leyes, lo cual se formalizará a través de Acuerdos cuya suscripción no implica en ningún momento que pierdan su soberanía.

e) Estado supranacional

El concepto de Estado supranacional, tiene su nacimiento con la formación de la Comunidad Económica Europea, integrada por 27 países. Esta formación tiene elementos de una federación y a la vez de una confederación. Su creación, como en el caso de la confederación, es a través de tratados internacionales.³⁷

En esta forma de asociación estatal, se presenta un traslado de la soberanía a determinados órganos de carácter central, por ejemplo, el Parlamento Europeo, que tiene un origen electoral propio. El Estado supranacional, posee un orden jurídico de varios niveles, pues algunos órganos tienen atribuciones ejecutivas, legislativas y judiciales; y los órganos legislativos elaboran un conjunto de directivas, con carácter obligatorio para los estados miembros y sus habitantes.

La función electoral tiene características de bicameral, sin embargo, en la segunda cámara hay representación de los estados miembros, no como en el caso de las federaciones, y la representación se realiza en relación con el número de pobladores de cada país, y para tomar decisiones, se precisa de mayorías calificadas.

Vale la pena aclarar la diferencia entre formas de Estado y formas de gobierno. Las formas de Estado: Unitario o Central, Federal, Autonómico,

³⁵ Mario Blacutt Mendoza, *El desarrollo local complementario* (Oregon: University of Oregon, 2015), 236.

³⁶ Luis Villoro, *Multiculturalismo y derecho en Antropología jurídica*, Esteban Krotz Ed. (México: Anthropos 2002), 225.

³⁷ Thomas Schmitz, *La integración en la Unión Supranacional* (Baden: Gottingen, 2001), 5.

Confederado y Supranacional, se diferencian de las formas de gobierno que son tres: Monarquía, República y Dictadura.

“Lo que caracteriza a los gobiernos de forma republicana, es que emanan en su integridad de la elección: entre los poderes cuya reunión ofrecen [...]” “[...]Bajo esta forma de gobierno las sociedades conservan y ejercen la soberanía constituyente”.³⁸

Para Mario Blacutt Mendoza, la república es “una forma de Estado que se opone al Estado Monárquico, aunque a lo largo de la historia ha tenido variadas acepciones, dependiendo del tiempo, del lugar y de la ideología [...]” “[...] La República implica el acuerdo de que es preciso buscar, encontrar y luchar por lograr el bien común sobre la base de una ley, también común”³⁹.

Ecuador se convirtió en República en el año 1830 con el venezolano Juan José Flores como Presidente, sin embargo para el año 1845 grupos populares emprendieron una lucha por el retiro de autoridades militares extranjeras llevándose a cabo la revolución marquista, asumiendo el poder José Joaquín de Olmedo.

En el caso de monarquía ésta, “no deja más que en parte a las sociedades el ejercicio de la soberanía constituyente. Hay en el gobierno un poder, y es el primero de todos, que vive y funciona a título puramente hereditario”.⁴⁰

Esta forma de gobierno persiste pero de manera paralela a la república en países como Inglaterra, España, Bélgica, Holanda, Suecia, Noruega, Dinamarca, Marruecos y Jordania.

La dictadura se caracteriza porque el gobierno se concentra alrededor de un solo sujeto, el dictador, y se consolida, de forma general, mediante un gobierno de facto, donde no existe la división de poderes, y el mandato se ejercita en función de una minoría del pueblo, que apoya esta forma de gobierno.

1.1.3 Fines del Estado

Como se había manifestado el Estado nace por y para la sociedad de tal manera que se requiere conocer cuáles son sus fines, entender que es lo que persigue o debería perseguir el Estado, presentándose diversas teorías al respecto^a de las cuales desde mi punto de vista la planteada por el autor Hugo Carrasco Iriarte, es la

38 M.H. Passy, *De las Formas de Gobierno y la leyes por que se rigen* (Madrid: Bailly-Bailliere, 1871), 14.

39 Mario Blacutt Mendoza, *El desarrollo local complementario*, 239.

40 M.H. Passy, *De las Formas de Gobierno y la leyes por que se rigen*, 14.

más aceptable en virtud a su practicidad y semejanza con nuestro diario vivir como ciudadanos.

Carrasco señala que los fines del Estado “no pueden ser ni diferentes ni superiores a la persona humana”⁴¹; y que lo más importante es comprender, justificar y ubicar al gobierno dentro de la sociedad y definir claramente cuáles son sus fines, en este caso:

- a) Bien Común
- b) Justicia
- c) Seguridad Jurídica

a) Bien Común

Respecto al bien común Carrasco señala que: “El fin de sociedad es cooperar para que se realicen los fines individuales tanto comunes como sociales: esto constituye el bien común. La sociedad es el conjunto de personas que persiguen la realización de ciertos fines”.⁴²

En el Ecuador la Constitución de la República en su artículo 83 establece como una de las responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, entre otras: “7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.”

Este concepto se ve reflejado a demás en la línea que los Gobernantes deben seguir al momento de la creación de una política pública la cual persigue fundamentalmente resolver un problema que aqueja a la población de manera

^a Para el tratadista Oskar Georg Fischbach en su obra *Teoría General de Estado*, éste es una unidad teleológica. Por muy notables que sea las alternativas que sus fines hayan sufrido en el transcurso de los tiempos, y aunque el Estado pueda perseguir los fines individuales más diversos, es indudable que como comunidad teleológica tiene que propulsar el interés común (bienestar colectivo) en contraposición a los intereses de los individuos o de determinadas clases. - Oskar Georg Fischbach, *Teoría General del Estado*, (Barcelona: Editorial Labor S.A, Cuarta Edición, 1949) 34. Hans Kensel establece que, la identificación del Estado con un fin específico cualquiera constituye una restricción inadmisible de su concepto, desde el momento que se incluyen en éste ciertos momentos materiales aparte del elemento de la coacción. La Teoría general del Estado tiene que reconocer como contenido posible del orden coactivo estatal todo cuanto admite como tal la Política –la cual trasciende de la Teoría general-. Aquellos hechos cuya realización aspira la Política, surgen dentro del orden jurídico en su aspecto negativo, como condiciones a las cuales va enlazado el acto coactivo estatal, como consecuencia jurídica. Precisamente así se revela que el Estado no es más que un medio para la realización de todos los posibles fines sociales, o con otras palabras: que el Derecho no es más que la forma de todos los posible contenidos.- Hans Kensel, *Teoría General del Estado*, (Granada: Editorial Comares, S.L. 2002) 65 y 66.

⁴¹ Hugo Carrasco Iriarte, *Temas Selectos de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Porrúa, 2011), 17.

⁴² *Ibidem* 17.

general, por lo tanto las agendas y objetivos que se plasmen deberán estar dirigidas al bienestar general.

Para el autor Rodrigo Borja, lo primero que cabe averiguar es si el Estado es un fin o un medio, es decir si es la meta última de la actividad social, a cuyo servicio deben dedicar los hombres todos sus esfuerzos o si es simplemente un instrumento del bienestar humano.

La primera concepción conduce necesariamente a la forma totalitaria de Estado, dotada de un poder dominador que supedita a su propio engrandecimiento toda la vida humana individual y colectiva. En contraposición al punto de vista totalitario está el que considera al Estado como un medio para el cumplimiento de fines humanos, según el cual la sociedad política fue constituida para servir al hombre y permitirle llevar una vida civilizada, en la que pueda desenvolver al máximo sus capacidades.⁴³

b) Justicia

La definición de justicia aceptada por Carrasco, es la de Willian A. Luypen, pues a su consideración es la que mejor resume cualquier otra:

“[...] la disposición para respetar derechos, concebidos como correlatos subjetivos y objetivos del mínimo contenido en el “sí” de mi existencia del otro[...]” “Todo orden social implica relaciones entre sus miembros, siendo el deber del orden jurídico la exigencia de un mínimo de amor, es decir la justicia”; el mínimo de tener que ser para otro.”⁴⁴

El autor Recaséns Siches, citado también por Carrasco, antes de una definición de justicia parte del concepto de Derecho y dice:

[...] el Derecho es un conjunto de medios al servicio del propósito de una convivencia y cooperación sociales, ordenadas, justas, posibilitadoras del cumplimiento de los más importantes fines humanos, y serviciales al bienestar general o bien común. Se pueden resumir estas palabras bajo el término de “la Justicia.”⁴⁵

Por lo tanto, el Estado debe generar condiciones adecuadas para que la justicia sea un fin alcanzable y real para el beneficio de las personas que lo componen, estas condiciones parten desde la incorporación de administradores de justicia probos, hasta el establecimiento de procedimientos diligentes y eficientes; y sin duda la

⁴³ Rodrigo Borja *Derecho político y constitucional* (México: Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición 1991), 78 y 79.

⁴⁴ *Ibíd.*, 18.

⁴⁵ *Ibíd.* 18.

incorporación de mecanismos que evidencien una verdadera transparencia e independencia.

c) Seguridad Jurídica

El Estado entonces será el encargado de establecer políticas dirigidas a la prevención a fin de evitar que los bienes y derechos de las personas sean objeto de actos violentos, así como de establecer medidas que en el caso de ser víctimas de estos, las personas se encuentren respaldadas por un procedimiento transparente y eficaz que busque la restitución de sus derechos, finalmente el Estado está llamado a garantizar que el ordenamiento jurídico expedido ha sido planteado bajo procesos altamente estrictos de tal manera que su vigencia perdurará en el tiempo. Para Le Fur Delos:

[...] la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad. Es la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencia conformes a la ley.⁴⁶

Para el tratadista José Roberto Dromi, citado por Marco Idrobo Arciniega, en su obra *La Contratación Administrativa*:

Los fines del Estado serán de acuerdo a los sistemas adoptados, pero en lo esencial se concretan a la seguridad que le permite independencia exterior y potestad interna; la paz que asegura su propia supervivencia y el desarrollo colectivo; y, el orden que consolida la vigencia del derecho y las garantías fundamentales de sus habitantes, todo lo cual coincide hacia la consecución del bienestar general como objetivo de la sociedad.⁴⁷

Pese a la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar la seguridad jurídica, en lo que respecta a contratación pública, la facilidad y desmedida actuación del Servicio Nacional de Contratación Pública en lo que respecta a emisión de Resoluciones externas en las cuales se plasman procedimientos y disposiciones que desde mi punto de vista deberían estar contenidas en un reglamento de acuerdo a la potestad reglamentaria que más adelante detallaremos, evidencia la escasa seguridad jurídica que en ésta materia existe, muestra de ello son las más de 100 resoluciones dictadas por el SERCOP desde el año 2008 hasta la fecha, mismas que son reformadas o derogadas de manera habitual, generando mucha incertidumbre tanto a

⁴⁶ Ibídem 20.

⁴⁷ José Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: 1978, 27, en *La Contratación Administrativa*, Marco Idrobo Arciniega, (Quito: Editorial Época, 1984), 17.

las entidades contratantes como a proveedores y contratistas pues durante un determinado período tanto servidores públicos como proveedores ponemos en práctica las disposiciones de una resolución pero al cabo de un tiempo está se deroga y regula un procedimiento de manera muy distinta, lo que denota la imposibilidad de mantener disposiciones que perduren en el tiempo.

No obstante la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 82 dispone:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Esta garantía constitucional, obliga a los servidores públicos a exigir y aplicar hasta la finalización de un proceso las normas que regían a la fecha de inicio del mismo, brindando así la seguridad jurídica de que los requisitos o procedimientos a seguir serán los mismos hasta el final, independientemente de las reformas que puedan promulgarse desde la fecha de publicación del proceso hasta la suscripción del contrato.

1.2 La organización jurídico política del Estado ecuatoriano

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, teniendo como característica esencial que el poder público político se encuentra supeditado a la Constitución, cuyo eje piramidal es el ejercicio y respeto de los derechos de las personas, y teniendo como objetivo supremo alcanzar la igualdad, justicia y equidad, fines de muy difícil materialización, pero cuyo espíritu normativo se encuentra en la Carta Magna.

Es así, que en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 1, se establece que:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.⁴⁸
En el caso del Estado ecuatoriano, existen cinco funciones esenciales, que son:

a) Función Ejecutiva

La función ejecutiva, la ejerce el Presidente de la República, que es el Jefe de Estado y del gobierno, además es el responsable de la administración pública. Esta función integra la Presidencia y Vicepresidencia de la República, además incluye a los Ministerios de Estado y las demás instituciones que participan en la organización, planificación, y ejecución de las políticas públicas. Sobre esta base el artículo 141 de la Constitución dispone que:

Art. 141.- La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.

La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.⁴⁹

Entre sus facultades tenemos la de disolver a la Asamblea Nacional, cuando a su juicio ésta se arrogue funciones constitucionales, previo dictamen favorable de Corte Constitucional o por la reiterada e injustificada obstrucción de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, y ante una “grave crisis política y conmoción interna.”⁵⁰

Si bien esta facultad está reconocida y expresamente señalada en la Constitución de la República del Ecuador, podría considerarse por un lado oportuna pues el Presidente de la República será el llamado a vigilar que la Asamblea Nacional no se arrogue funciones, o que esta impida y obstruya la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y por ende el cumplimiento de sus objetivos que están planteados como metas para mejorar la vida de los ecuatorianos y ecuatorianas en el ámbito de seguridad, salud, etc., pero al mismo tiempo puede considerarse riesgosa pues no se cuenta con una norma en la que se señalen los casos o circunstancias en las cuales se puede pensar que el país atraviesa por una grave crisis política y conmoción interna, lo que podría generar que el ejercicio de dicha facultad sea

⁴⁸ *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], tít. I, “Elementos constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 1, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa, s.f.): 23.

⁴⁹ *Ibídem* art. 141.

⁵⁰ *Ibídem* art. 148.

arbitraria, no así en los dos primeros casos, pues dependen de la participación de dos entes reguladores y competentes en materia constitucional y de planificación en su caso la Corte Constitucional y SENPLADES.

Le corresponde además realizar la convocatoria a consulta popular con temática abierta, el mantenimiento de una administración política y sectorial de la Función Ejecutiva en los territorios, la designación de un Vicepresidente temporal y la conformación de un gabinete territorial, entre otras.

Dentro de la estructura organizacional del Estado ecuatoriano se ha previsto la creación de Consejos Nacionales para la Igualdad cuyas funciones son observar la vigencia y el ejercicio de los derechos, la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana. Estos Consejos coordinarán con los niveles de gobierno. Estarán integrados de forma paritaria por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por la Función Ejecutiva.

Este conjunto de disposiciones tienen por objetivo, de un lado, permitir al Presidente disponer de un sistema de gestión basado en la apelación directa a la población y la sociedad civil por sobre los mecanismos de delegación; y, de otro, blindarle políticamente ante los eventuales desbordes de la sociedad política y de la sociedad civil.

El principal comentario al respecto es que la excesiva concentración de poder y funciones en el Presidente de la República, deriva en ineficiencia administrativa, por ello, antes que incrementar las capacidades políticas del Ejecutivo, se debió bajar el nivel del atrincheramiento/blindaje político del Presidente. De este modo, alcanzar una relación equilibrada entre las partes del sistema político, antes que perseguir eficiencia política e ineficiencia administrativa.

b) Función Legislativa

La función legislativa en el Ecuador la ejerce la Asamblea Nacional, entre sus principales funciones de acuerdo al artículo 120 de la Constitución de la República, son: “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarla con carácter generalmente obligatorio; y, “Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público [...]”, con sede en Quito, y de carácter unicameral.

Está compuesta por asambleístas que ejercer dicha competencia por un período de años, se encuentra integrada por quince asambleístas por circunscripción territorial, dos asambleístas por cada provincia; y, un asambleísta por cada doscientos mil habitantes por provincia o fracción de ciento cincuenta mil.

Adicionalmente, según lo que dispone el artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional, puede ejercer, entre otras, las siguientes atribuciones:

Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

1. Posesionar a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República proclamados electos por el Consejo Nacional Electoral. La posesión tendrá lugar el veinticuatro de mayo del año de su elección.
2. Declarar la incapacidad física o mental inhabilitante para ejercer el cargo de Presidenta o Presidente de la República y resolver el cese de sus funciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución.
6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.
7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.
9. Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias.
10. Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.
12. Aprobar el Presupuesto General del Estado, en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución.
13. Conceder amnistías por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. No se concederán por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.⁵¹

La Asamblea Nacional de conformidad al artículo 129 de la Constitución de la República del Ecuador, podrá:

Art. 129.- La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en los siguientes casos:

1. Por delitos contra la seguridad del Estado.
2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito.

⁵¹ *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. segundo, “Función Legislativa”, art. 120.

3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.

El procedimiento a seguir, es el previsto en los artículos del 86 al 97 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa⁵², el cual derivará en la censura o destitución de ser el caso.

La Asamblea Nacional podrá también destituir al Presidente de la República en caso de arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o grave crisis política y conmoción interna, facultad que puede ejercerse por una vez durante el período legislativo, en los tres primeros años del mismo.

c) Función Judicial

La función judicial y de justicia indígena, debe velar por la adecuada administración de justicia, y responde por esta garantía la Corte Nacional de Justicia, las cortes, tribunales y juzgados, y el Consejo Nacional de la Judicatura.

La administración de justicia, debe realizarse en consonancia con los principios que, para estos fines se establecen en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 168 que establece:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.
2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.
3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.
4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.
5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.
6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.⁵³

El Estado ecuatoriano, defiende los derechos de las comunidades indígenas que habitan el país, garantizando la protección de su espacio y su cultura ancestral,

⁵² *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, Registro Oficial, 642, Quito, 27 de julio de 2009.

⁵³ *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. tercero, “Función Ejecutiva”, art. 168.

por tanto la función judicial incluye la justicia indígena, y en este sentido la Carta Magna establece que

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.⁵⁴

Que por mandato constitucional las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales, obliga a las autoridades de la Corte Constitucional sobre todo que el tipo de sanciones que estas comunidades aplican no sean contrarios a los derechos y garantías previstos en la Constitución y tratados internacionales ratificados por el Ecuador en lo que a Derechos Humanos se refiere, pero la tarea más complicada es definir de manera clara, que infracciones o que actos que se constituyen antijurídicos, típicos y culpables, deben ser tratados y juzgados por la justicia indígena, permitiendo conocer a ciencia cierta que todo lo demás deberá ser tratado por la justicia ordinaria.

Si bien como señala el doctor Augusto Durán, la justicia indígena tiene como característica que “la sanción es de carácter público, curativo y orientada a reincorporar a la comunidad las personas [...]”⁵⁵, al no contar en nuestra legislación con disposiciones claras de que tipo de infracciones deben ser conocidas y tratadas por la justicia indígena, puede traer resultados dramáticos, como el caso suscitado en la comunidad de Gallorrumi, en el cantón Cañar, “[...] en donde un sujeto acusado de robo de ganado, luego de ser castigado, torturado, fue dado muerte.”⁵⁶, se vuelve necesario definir si debe o no en el Ecuador existir y convivir la justicia ordinaria con la

⁵⁴ Ibídem., art. 171.

⁵⁵ Augusto Durán Ponce, “Justicia Indígena”, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/11/24/justicia-indigena>

⁵⁶ César Augusto Cárdenas, “*La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, del cantón Cañar.*” <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

justicia indígena, personalmente considero que debe prevalecer la unidad jurisdiccional enfocándose únicamente en mejorar los procesos o procedimientos a fin de que la administración de justicia sea más eficaz y de ésta manera que la celeridad no sea un factor preponderante para mantener la justicia indígena.

La Función Judicial junto con la Corte Constitucional garantiza que en todo el Estado se respete, garantice y proteja los derechos humanos, y así todas las otras instituciones estatales y paraestatales.

Es importante señalar que la Constitución de la República del Ecuador de 2008, transformó esta función mediante la supresión de los mecanismos por los cuales se había transferido a la gestión privada los servicios judiciales como la fe pública y la transferencia de dominio, lo que dio paso a que el Consejo Nacional de Judicatura regule a las Notarías del País y en el caso del Registro de Propiedad, estos son administrados por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Cantonales, directamente.

d) Función Electoral

La evolución del régimen electoral se ve reflejada en las Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta el 2008, en el que como república el Ecuador debía establecer mecanismos de elección democrática de dignidades, pasando de un sistema indirecto un sistema directo de elección, efectivo ejercicio del derecho al sufragio, fortalecimiento institucional, regulación para partidos y organizaciones políticas, trayendo como resultado el reconocimiento de éste régimen como Función.

Como tal la función electoral nace con la Constitución aprobada en el 2008, sin embargo desde 1947 esto es desde hace 69 años atrás, funciona desde su institucionalidad a través del Tribunal Supremo Electoral, hoy Consejo Nacional Electoral, que comprende además, el Tribunal Contencioso Electoral.

La Función Electoral se erige para garantizar el adecuado ejercicio de los derechos políticos, mismos que se materializan en el acto del sufragio. Entre sus atribuciones tenemos:

1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones.
2. Designar los integrantes de los organismos electorales desconcentrados.
3. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los candidatos.

4. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley.
5. Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral, con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral.
6. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia.
7. Determinar su organización y formular y ejecutar su presupuesto.
8. Mantener el registro permanente de las organizaciones políticas y de sus directivas, y verificar los procesos de inscripción.
9. Vigilar que las organizaciones políticas cumplan con la ley, sus reglamentos y sus estatutos.
10. Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas.
11. Conocer y resolver las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales, e imponer las sanciones que correspondan.
12. Organizar y elaborar el registro electoral del país y en el exterior en coordinación con el Registro Civil.
13. Organizar el funcionamiento de un instituto de investigación, capacitación y promoción político electoral.⁵⁷

e) Función de Transparencia y Control Social

Al igual que la Función Electoral, como tal, la Función de Transparencia y Control Social nace en el año 2008 con la promulgación de la Constitución de Montecristi, ésta función busca fortalecer los procesos de participación ciudadana, la designación de autoridades de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General del Estado, a través de concursos de méritos y oposición y la lucha contra la corrupción.

Amalia Ospina Palacios, en su ensayo *EL GRAN SILENCIO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA*, expone el nacimiento de ésta nueva función del Estado, señalando:

La historia de la participación y control social dentro de la estructura del Estado se escribió mucho antes de la Constitución del 2008. Tiene sus inicios a mediados de los años noventa del siglo pasado, cuando las protestas sociales estaban en plena efervescencia y las organizaciones y movimientos sociales denunciaban el neoliberalismo y la corrupción a viva voz. Entre los resultados de aquellas movilizaciones figura el derrocamiento del ex presidente Abdalá Bucaram [...]. Sobre esa base, la Asamblea Nacional Constituyente institucionalizó, un año más tarde, en 1998, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC). “[...] Fue un logro: el primer intento de control social institucionalizado financiado por el Estado, pero dotado de autonomía. Entre los casos emblemáticos del CCCC figuran el de la deuda externa o “Jubileo 2000”, la violación de derechos humanos en el caso “Fybeca”, investigaciones ambientales como el caso “Texaco” o casos de estafa como los de “Filanbanco” o del “Notario Cabrera”. Y salvo el intento malogrado del régimen de Lucio Gutiérrez de sustituirla por una institución propiamente

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador,[2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. sexto, “Función Electoral”, art. 219.

gubernamental, la Comisión funcionó de manera regular hasta el año 2007, cuando se inició el proceso de la Asamblea Constituyente y la redacción de la nueva Constitución en Montecristi en el año 2008.”⁵⁸

En el ámbito de la contratación pública la creación de Comisión de Control Cívico de la Corrupción, permitió fortalecer el principio de transparencia cuando en el año 2003, mediante Decreto Ejecutivo No. 122, publicado en el Registro Oficial 25 de 19 de febrero de 2003, se declaró como política de Estado la erradicación de la corrupción y el combate a la impunidad, para lo cual se asume por parte del Estado Ecuatoriano “con el carácter de oficial el Proyecto de Información de Contrataciones Públicas Contratanet, cuyo desarrollo lo ejecuta la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.”⁵⁹; por tanto obliga a todos los organismos y dependencias definidos en el artículo 2 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que publiquen por medios electrónicos las convocatorias para el concurso de ofertas y/o licitación de manera previa a la selección de contratistas así como todos los documentos precontractuales y más documentos relacionados con del proceso.

La diferencia que se presenta con el actual Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, es que éste es desarrollado y administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, entidad pública encargada de “asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública”⁶⁰, entre ellos el de transparencia., mientras que en el año 2003 el desarrollo de la herramienta informática estaba a cargo de la CCCC, cuyos integrantes eran representantes de la sociedad civil. En la actualidad la Función de Transparencia y Control Social tiene dos objetivos:

[...] en primer lugar, para promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que realicen su trabajo con responsabilidad, transparencia y equidad; y en segundo lugar, para fomentar e incentivar la participación ciudadana; proteger el ejercicio y cumplimiento de los derechos de participación y prevenir y combatir la corrupción.⁶¹

58 Amalia Ospina Palacios, *El Gran Silencio De La Participación Ciudadana*, en <https://lalineadefuego.info/2012/09/11/el-gran-silencio-de-la-participacion-ciudadana-por-amalia-ospina-palacios/>

59 Ecuador, *Decreto Ejecutivo No. 122*, publicado en el Registro Oficial No. 25, art. 2.

60 *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 10, numeral 1.

61 Herramienta para Promover la Participación Ciudadana, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en

Conforme el artículo 206 de la Constitución de la República del Ecuador, los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social conformarán una instancia de coordinación encargada principalmente de:

- 1.- Formular políticas públicas de transparencia, control, rendición de cuentas, promoción de la participación ciudadana y prevención y lucha contra la corrupción;
2. Coordinar el plan de acción de las entidades de la Función, sin afectar su autonomía.;
3. Articular la formulación del plan nacional de lucha contra la corrupción; y, 4 Presentar a la Asamblea Nacional propuestas de reformas legales en el ámbito de sus competencias.⁶²

Para conseguir los fines propios de ésta función se crea el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, como ente encargado de promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, además tiene el deber de impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público; y, designar a las autoridades que de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador le corresponda.

Según Boletín de Prensa No. 96, publicado en la página web del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, este organismo y el SERCOP “firmaron un convenio de cooperación interinstitucional para coordinar acciones de transparencia y lucha contra la corrupción.”, y que gracias a la “cooperación interinstitucional entre el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), el Ministerio del Interior, la Fiscalía General del Estado y el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), ante una denuncia ciudadana, permitió descubrir y detener a varios integrantes de una red de tráfico de influencias que vulneró el sistema informático del SERCOP.”⁶³

En el capítulo quinto, sección tercera en el ámbito de control, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 211, reconoce a la Contraloría General del Estado como un “[...]organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.”⁶⁴, función que sin duda en el marco de la contratación pública, adquiere una gran relevancia, pues a través de las auditorías financieras previstas en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que éste

<http://www.cpccs.gob.ec/docs/Estructura/Participaciooon/CARTILLAS%203%20HERRAMIENTAS%20DE%20PARTICIPACION/cartilla%202%20-%20Transparencia%20-%20202.pdf>, 8

⁶² *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. quinto, “Función de Transparencia y Control Social”, art. 206.

⁶³ Boletín de Prensa No. 96 en http://www.cpccs.gob.ec/?mod=foro_post&id=3271.

⁶⁴ *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. quinto, “Función de Transparencia y Control Social”, art. 211.

entidad pública realiza una fiscalización que incluirá el examen del cumplimiento de las normas legales, y la evaluación del control interno de la parte auditada⁶⁵. Control que conforme el artículo 15 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se lo ejecuta de manera posterior a los procedimientos de contratación efectuados por la Entidades Contratantes.⁶⁶

Por su parte el artículo 14 *ibídem* dispone que el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, es el encargado de verificar el cumplimiento de:

1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;
2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública;
3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;
4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;
5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,
6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada.

Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley.

Para ejercer el control del Sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud.⁶⁷

Para el autor Juan Manuel Marchán Maldonado:

El SERCOP tiene como misión liderar y regular la gestión transparente y efectiva del servicio de contratación pública, dinamizando el desarrollo económico y social del Ecuador. Considerando que la LONSCP tiene como objetivos principales la transparencia en los procesos de contratación pública e inclusión de productores nacionales y actores de la economía popular y solidaria, es el SERCOP la institución que procura materializar estas metas mediante sus acciones de administración y control [...].⁶⁸

Sin embargo es necesario analizar el alcance de ese control, al que se refiere Marchán, con el objetivo de evidenciar si la organización jurídico política del Estado ecuatoriano en el ámbito de la contratación pública está definida de manera tal, que

⁶⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial, Suplemento No. 595, (Quito, 12 de junio de 2002), art. 20.

⁶⁶ *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 15.

⁶⁷ *Ibídem*, art. 14.

⁶⁸ Juan Manuel Marchán Maldonado, *Compras Públicas: ¿Qué es o qué hace el SERCOP?* (Quito: Edición Electrónica, 2014), en <<http://www.pbplaw.com/que-es-y-que-hace-el-sercop/>>.

cada organismo tiene una misión y función específicas sin lugar a la duplicidad de recursos, económico y humano.

1.3 La administración pública y sus diversas potestades

Antes de traer a colación lo que la Constitución de la República del Ecuador y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señalan respecto a la administración pública, es necesario citar a algunos autores en cuyas obras se refieren a la administración pública.

Para el autor Sabino Gendin Álvarez en la obra *Tratado General de Derecho* citado por Marco Idrobo Arciniega, en su obra *La Contratación Administrativa En El Ecuador*, señala que:

“La administración pública puede enfocarse desde dos ángulos diferentes: el objetivo y el subjetivo. Desde el objetivo, se manifiesta como la actividad encaminada hacia una meta, independientemente del órgano generador.”; y, “desde el ángulo subjetivo, la administración pública constituye la estructura orgánica compuesta por un conjunto de organismos o sujetos con funciones de administración, acordes con el ordenamiento jurídico [...]”.⁶⁹

Desde mi punto de vista la Administración Pública conjuga el aspecto objetivo y el subjetivo en uno solo, por cuanto los organismos que la conforman realizan actividades o ejercen funciones previstas en el ordenamiento jurídico y para que dichas actividades sean identificadas de la administración pública, es porque proviene de uno de estos organismos.

El catedrático español Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo afirma que “[...] Administración pública entendida provisionalmente, como el aparato organizativo e institucional que, dotado de personalidad jurídica y bajo la dirección del Gobierno, desarrolla las funciones y realiza las tareas del Estado que no corresponden a los demás poderes y órganos constitucionales...”.⁷⁰

Entendiendo con este concepto que la Administración Pública es el conjunto de organismos públicos encargados de ejercer las funciones y competencias determinados en el ordenamiento jurídico para el buen funcionamiento del Estado.

⁶⁹ Álvarez Gendin Sabino, *Tratado General de Derechos Administrativo*, Barcelona, 1958, T.I, p. 54, en Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa*, (Quito: Editorial Epoca, 1984), 20.

⁷⁰ Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Lección 1. *El Derecho Administrativo* (Madrid: Edición Electrónica, 2014), <<http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion1.pdf>>, 1

La Constitución de la República del Ecuador vigente, concibe a la Administración Pública como “[...] un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.⁷¹

Mientras que el artículo 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo se aproxima en gran medida al concepto señalado por Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, pues dispone que:

[...] La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.⁷²

La Administración Pública Central a la que se refiere el artículo citado, de acuerdo al artículo 5 ibídem le corresponde a la Función Ejecutiva.

1.3.1 Características de la Administración Pública

La Administración Pública difiere de cualesquier otra, en virtud a sus características, por ello la importancia de revisarlas para entender porque ésta opera en el ámbito de público de manera particular.

Las características de la administración pública a decir de Julio Carreto se pueden delimitar de la forma siguiente:

a) Universalidad

En cualquier lugar o circunstancias que exista un organismo social, existe la administración, pues debe existir un ente que controle, organice y fiscalice su accionar. Por tal razón la actividad de la administración se realiza en cualquier instancia y organismo.

b) Especificidad

El fenómeno de la administración es específico, con independencia de la actividad que pueda realizar la institución administrada, siempre se debe controlar dicho manejo.

c) Unidad temporal

El fenómeno administrativo puede desarrollarse en diferentes etapas, fases y elementos, sin embargo, es una unidad, o sea, es un solo proceso, que puede

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. séptimo, “Administración Pública”, art. 227

⁷² ERJAFE, art. 7.

materializarse en diversos momentos, pero como parte de un entramado de administración único.

d) Unidad jerárquica

La administración de determinado organismo, transcurre como un solo hecho, aun cuando sean varios los escaños jerárquicos de mando, en tanto cada jefe responde a un mismo sistema de administración, y por tanto, a los mismos intereses.⁷³

Estas características se ven reflejadas en la normas que rigen a la Administración Pública, en cada una de ellas se puede evidenciar como se materializan en su formación y aplicación.

1.3.2 Elementos de la Administración Pública

Los elementos de la administración pública a consideración de Carlos Bravo de la Orden son los siguientes:

a) Medios personales o personas físicas.

Para realizar la selección del personal se siguen criterios objetivos, en relación con los méritos de los sujetos, o con los resultados de las pruebas de oposición en el caso que hayan necesitado realizar.

b) Medios económicos.

La financiación fundamental de la administración pública son los tributos, pero además de estos existen otras clases de ingresos fiscales no tributarios, incluso ingresos parafiscales.

c) Organización, ordenación racional de los medios.

Esta organización de la administración pública está basada en los principios de coordinación, concentración, desconcentración, descentralización.

d) Fines.

La finalidad de la administración pública es el interés público, pero en cada rama que sea aplicada, se establecerán otros objetivos específicos, acordes con la función específica de dicha rama.

e) Actuación.

El principio de legalidad es el principal elemento imperante en la actividad de la administración pública, defendiendo los intereses del Estado, y la consecución de sus objetivos.⁷⁴

Los elementos de la administración pública son aquellos que en su conjunto permiten su surgimiento, por lo tanto no se puede determinar que uno es más importante que el otro, simplemente diremos que la ausencia de alguno de ellos, podrían crear cualquier otro tipo de figura pero no la de la administración pública.

⁷³ Julio Carreto, *Introducción a la Administración* (México: Edición Electrónica, 2014), 1, en <http://upointroadmon.blogspot.com/2007/07/caractersticas-de-la-administracin.html>.

⁷⁴ Carlos Bravo de la Orden, *La Administración a las 7* (España: INAP, 2015), 104.

1.3.3 Principios que rigen la actividad de la Administración Pública

a) **Dignidad humana.** El autor Lachance manifiesta que la dignidad humana se erige como “una perfección debida al hombre, en virtud de sus exigencias esenciales, no menos que en virtud de las de su razón, es lo que se llama, con justo título, un “derecho del hombre”.⁷⁵ Este principio se refiere a la protección de la autonomía personal.

La Administración Pública, sus organismos; y, personas que hacen parte de estos, denominados servidores públicos no pueden servir o desempeñar sus funciones alejados de éste principio pues la concurrencia de un ciudadano hacia un organismo público será con el afán de recibir asistencia, guía o asesoría para el cumplimiento de una obligación o despacho del algún trámite a su favor, por lo que bajo estas circunstancias el servidor está llamado a brindar un servicio respetando la dignidad de las personas usuarias del mismo.

Se manifiesta en una forma de vida dotada de condiciones materiales de existencia, o sea, que el Estado debe crear esas condiciones de vida digna y velar por su consecución. Una última pero no menos importante cuestión es que la dignidad humana en materia de actos de la administración se refiere igualmente a la integridad personal y espiritual.⁷⁶

Por demás está decir que la Administración Pública, jamás podría establecer condiciones o mecanismos que menoscaben la dignidad humana, al contrario su deber es generar condiciones adecuadas para que los ciudadanos y ciudadanas nos desarrollemos como tales de la mejor manera posible, accediendo a servicios y atención de primera, cualquier acción u omisión de los servidores públicos, tendrá como resultado el establecimiento de responsabilidades, administrativas, civiles o penales.

En el ámbito de la gobernabilidad o gobernanza se habla del Derecho a la Ciudad, que consiste no únicamente en que los Municipios se preocupen del alcantarillado, transporte público o servicios básicos, si no hacer de la ciudad el medio idóneo para que las personas alcancen sus objetivos y metas.

Pese a que la dignidad humana es un principio elemental, este no se lo práctica; una muestra clara, son todos los juicios que se ventilan en el Tribunal

⁷⁵ Louis Lachance, *El derecho y los derechos del hombre* (Madrid: Editorial Rialp, 1979), 21,22.

⁷⁶ Camilo Moreno-Pidrahita H., *La Dignidad Humana* (Ecuador: Edición Electrónica, 2011), 5, en <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoshumanos/2011/08/16/la-dignidad-humana>>.

Distrital Contencioso Administrativo, los cuales surgen por aquella mala actuación de los servidores públicos, volviéndose indispensable la intervención de este órgano jurisdiccional que como ya se señaló de conformidad al artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, la jurisdicción contenciosa administrativa, “tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público [...]”

Tal ha sido el reconocimiento de la Administración Pública en el Ecuador de la inobservancia de éste principio, que a través de un ejercicio introspectivo, implementó un acceso web denominado Tramitón, “que fomenta la participación y colaboración ciudadana en la simplificación de los trámites para impulsar la calidad, eficiencia, eficacia y calidez en la gestión pública.”⁷⁷, pretendiendo básicamente disminuir la burocracia y mejorar los servicios que las diferentes instituciones públicas de la Administración Central e Institucional brindan.

Seguridad jurídica. Este principio a consideración de Enrique Line Paniagua es:

[...] el resultado del buen funcionamiento del conjunto de principios que informan el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, así como del estricto cumplimiento por los poderes públicos de las misiones encomendadas, y del ejercicio de las potestades, técnicas e instrumentos, en el cumplimiento de aquellas, de acuerdo con la Constitución, los principios y el resto del ordenamiento jurídico administrativo.⁷⁸

Como se había señalado uno de los fines del Estado es la seguridad jurídica, éste fin Enrique Line Paniagua, lo plantea como un principio, es decir el punto desde el cual debe partir la Administración Pública, y por lo tanto el deber de observarlo y cumplirlo por parte de quienes desempeñan una función pública.

b) Legalidad. Considerado según la distinción que hace Roberto Dromi,

[...] un principio sustancial de jerarquía normativa constitucional.⁷⁹ Se refiere a que la actuación de la administración debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico y en cumplimiento de las finalidades para las cuales se le ha otorgado poder, constituyendo [...] la clave de bóveda, los pilares que sostienen todo el sistema del derecho positivo [...]⁸⁰

⁷⁷ <https://www.tramiton.to/ciudadano/>

⁷⁸ Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos* (Madrid: COLEX Editorial, 2012), 108,109.

⁷⁹ Roberto Dromi, *Licitación pública* (Buenos Aires: ASTREA, 1985), 81.

⁸⁰ Luis Chase Plate, *Los contratos públicos* (Paraguay: Intercontinental, 1998), 21.

Si decimos que la Administración Pública es el conjunto de organismos creados para el desempeño de funciones establecidas en el ordenamiento jurídico, su funcionamiento desde su creación, deberá darse respetando y sujetándose a ese ordenamiento jurídico.

Para el tratadista Tomás de la Quadra-Salcedo, “el principio inspirador del Derecho Administrativo es el principio de legalidad [...]” “[...] que significa que la Administración no puede hacer lo que quiere sin más límite que la Ley y el Derecho”⁸¹.

Desde mi punto de vista y como bien señalan los autores referidos, el debido cumplimiento y observancia del principio de legalidad establece límites al accionar de la Administración Pública, lo que permite generar en la ciudadanía confianza y certidumbre respecto a lo que ésta, la Administración Pública, puede o no puede hacer; sin duda el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para el desarrollo armonioso de cualquier sociedad.

A través del principio de legalidad, la Administración Pública, rige su accionar exclusivamente a lo que el ordenamiento jurídico dispone, cualquier actuación en contrario trae como resultado, el abuso y la arbitrariedad.

c) Proporcionalidad. A consideración del autor Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Este principio enuncia la idea de que las competencias administrativas sólo pueden ser válidamente ejercidas en la extensión e intensidad proporcionales a los que sea realmente necesario para el cumplimiento de la finalidad de interés público a que está vinculado”.⁸²

El principio de proporcionalidad busca establecer un límite al ejercicio de la competencia administrativa para evitar el abuso o desvío del poder. Este principio pretende establecer una adecuada relación entre el medio utilizado para alcanzar el objetivo deseado por la administración

⁸¹ Tomás de la Quadra Salcedo, *Lección 1.El derecho administrativo*, Universidad Carlos III de Madrid, 1 y 2, en <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-del-derecho-administrativo/lecciones-1/leccion-1>, 3.

⁸² Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo* (Sao Paulo: Editorial Malheiros, 1998), 67.

d) Autotutela administrativa. Quiere decir que [...] la Administración no sólo puede declarar sus derechos sino que también puede proceder a su ejecución sin necesidad de que intervengan los órganos jurisdiccionales [...]⁸³

En tanto que los ciudadanos han de acudir a un tercero (heterotutela) –como es el caso de los Jueces y Tribunales–, para tutelar y hacer valer –reconocer o ejecutar– sus derechos, la Administración puede, por sí misma (autotutela) establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero –a los Jueces y Tribunales–. Todo ello lo hace por sí misma.⁸⁴

Este principio permite que el desenvolvimiento de la Administración Pública sea directo, sin necesidad de terceros, partiendo del hecho de que ésta tiene como deber atender asuntos generales, y se asienta sobre normas que regulan y limitan su accionar, no obstante los actos de la Administración Pública si están sujetos al control judicial, a través de la Acción de Lesividad, de la cual trataremos más adelante.

e) Jerarquía. Este principio se refiere a la naturaleza piramidal, o vertical de la administración, caracterizada por la subordinación de los entes de nivel inferior a los de nivel superior. Ello implica el sometimiento al seguimiento de políticas determinadas por el ente superior o rector de la rama. Rafael Entrena Cuesta y Luis María Cazorla Prieto, señalan:

[...] la especial estructuración que se efectúa de los distintos órganos de un mismo ramo de la Administración dotados de competencia propia, mediante su ordenación escalonada, en virtud de la cual los superiores podrán dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolviendo, en su caso, los conflictos entre los mismos, al objeto de conseguir la unidad en la actuación de todos ellos.⁸⁵

En el ámbito de contratación pública por ejemplo, el Decreto Ejecutivo No. 838 de 25 de noviembre de 2015, dispone la obligación de solicitar autorizaciones a la autoridad inmediata superior previo la suscripción de contratos complementarios,

⁸³ Concepción Escudero Herrera, *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso administrativo y sus soluciones*, (Madrid: Dykinson, 2005) 39.

⁸⁴ Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, “Lección 6, La Autotutela Administrativa” en <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion6.pdf>

⁸⁵ Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Tecnos, 1998), 75; Luis María Cazorla Prieto, *Temas de Derecho Administrativo* (Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1983), 526.

órdenes de trabajo, diferencia en cantidades de obra o similares y servicios, incluidos los de consultoría, dependiendo el porcentaje de incremento.

Dentro de la organización administrativa de nuestro país, existen Ministerios Coordinadores, los cuales tienen como tarea acoplar las competencias de los Ministerios coordinados para alcanzar objetivos partiendo de la cooperación e intervención integral.

f) Especialidad. Este principio se refiere a que cada órgano debe actuar dentro de sus propias competencias. A consideración de Aparicio Méndez y Enrique Sayagués, “la especialidad de un órgano está constituida por las atribuciones, es decir, su materia, objeto o cometidos, así como por las funciones que éste puede realizar de acuerdo a su objeto y las potestades o poderes jurídicos para la ejecución del o de los cometidos atribuidos.”⁸⁶

Sin el principio de especialidad la Administración Pública colapsaría, pues los procedimientos y disposiciones legales que rigen el accionar de los órganos estatales son varias, por lo que se requiere que cada uno cuente con personal valga la redundancia especializado para brindar una atención oportuna y eficaz.

h) Eficiencia. Este principio comprende la optimización de los resultados alcanzados por la Administración Pública con relación a los recursos disponibles e invertidos en su consecución. Este principio completa al de eficacia, atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones para lograr mayores logros a menores costes.⁸⁷

En nuestro país la Constitución de la República, prevé como derechos de los ciudadanos “a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.”⁸⁸

⁸⁶ Aparicio Méndez Manfredini, *Teoría del Órgano* (Montevideo: Amalio M. Fernández, 1971), 102; y Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I* (Montevideo: Martín Bianchi, 2002), 183 y ss.

⁸⁷ Escuela de Administración Regional, Principios de organización y actuación de la Administración Pública. Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento (Castilla-La Mancha: Junta de Comunidades, 2009), 2.

⁸⁸ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. tercero, "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria", sección novena, "Personas usuarias y consumidoras" Registro Oficial, No. 449, art. 52.

i) Desconcentración. Se puede entender por desconcentración administrativa como un proceso de transferencia de la titularidad y el ejercicio de competencias de un órgano superior a otro inferior dentro de un mismo ente público, con carácter permanente. Mediante la aplicación de este principio se consigue una descarga efectiva de funciones de los órganos superiores, acercando la Administración a los administrados.⁸⁹

A través de la desconcentración, la Administración Pública tiene la posibilidad de ampliar sus servicios en todo el territorio nacional, permitiendo al ciudadano acceder a los mismos dentro de su propia jurisdicción sin necesidad de trasladarse y recorrer largas distancias, como anteriormente acontecía en el caso de las provincias donde no se contaba con una sucursal debiendo necesariamente trasladarse a la capital, incluso dentro de una ciudad como es el caso de Quito, la función judicial a través del Consejo de la Judicatura a buscando espacios en cada Administración Zonal para prestar sus servicios, en el caso del SERCOP de manera paulatina se han implementado oficinas en Ambato, Cuenca, Manta, Machala, Esmeraldas, Loja, Guayaquil e Ibarra, no obstante en su gran mayoría las capacitaciones que ésta Institución Pública desarrolla las realiza en la ciudades de Quito o Guayaquil.

Sin embargo aunque en diferentes cantones se cuente con servicios desconcentrados, las Coordinaciones Zonales de los diferentes Ministerios que hacen parte de la Administración Central, sus personeros siguen dependiendo de las directrices o decisiones finales, que se adopten en las llamadas matrices, obligando a los ciudadanos acudir hasta la ciudad de Quito, para solucionar aquellos problemas que en las Coordinaciones Zonales, no se dio solución, por ello que el existo de la desconcentración esta en el establecimiento de políticas claras de tal manera que el ciudadano pueda obtener una solución sin necesidad de acudir hasta las oficinas matrices de cada Ministerio.

j) Descentralización. El concepto de descentralización administrativa supone un traspaso de funciones desde una organización a otra, cada una de ellas dotada de su correspondiente personalidad jurídica, buscando la aproximación de los niveles de decisión a los administrados, e intentar evitar disfunciones propias

⁸⁹ Escuela de Administración Regional, Principios de organización y actuación de la Administración Pública. Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento (Castilla-La Mancha: Junta de Comunidades, 2009), 3, en http://empleopublico.castillalamancha.es/empleopublico/c/document_library/get_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129

del excesivo centralismo, distribuyendo el poder. Entronca, por tanto con el principio de autonomía.⁹⁰

Conforme nuestra Constitución de la República del Ecuador estos principios se ven reflejados los artículos 3, numeral 6 y 227, que establecen:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.

Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

La descentralización permite descargar al Gobierno Central la responsabilidad y gestión de ciertas competencias que de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, deben ser asumidas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados de manera paulatina, en la actualidad el Consejo Nacional de Competencias es el organismo público encargado de la regulación, planificación, coordinación, gestión y control de la asignación y transferencia de las competencias en el Ecuador.

Como en el caso de la desconcentración, la descentralización solo funciona si el Gobierno Autónomo Descentralizado Cantonal que asume una competencia que anteriormente estaba en manos de la Administración Central, se encuentra preparado, es decir cuenta con el capital humano y económico suficiente para asumir dicha competencia.

Personalmente considero que los procesos de descentralización son necesarios y útiles en la medida de que el Gobierno Autónomo Descentralizado Cantonal, cuenta con el contingente suficiente para dar un buen servicio.

k) Coordinación. La coordinación es un principio organizativo que pretende lograr la unidad en la actuación administrativa entre Administraciones diferentes o entre órganos pertenecientes a ámbitos distintos de una misma Administración, no relacionados por el principio de jerarquía. Se puede dar entre órganos administrativos, entre entidades locales y nacionales y entre el Estado y las provincias o regiones.⁹¹

⁹⁰ Ibídem, 4.

⁹¹ Ibídem, 5.

A fin de aprovechar todo el aparataje gubernamental, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226, establece que las instituciones de Estado tienen el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines. Esto permite que cada institución desde el ámbito de sus competencias aporten en la generación de actividades o proyectos concretos en pro de la ciudadanía, logrando así un trabajo articulado e integral.

I) Participación. A consideración de Rafael Barranco, debido al innegable aumento de la incidencia de la actividad administrativa en las esferas de los individuos, surge el principio de participación directa de los ciudadanos y de los grupos sociales ya no como el necesario principio legitimador del sistema, sino como una oportuna medida de eficacia de la decisión a adoptar y una necesidad de control de la actividad pública.⁹²

La Administración Pública debe generar verdaderos espacios de participación y no meros procesos de socialización de las acciones o proyectos ya definidos al interior de cada institución pública, debe propiciar que la sociedad se involucre durante todo el proceso, de tal manera que ésta se apropie y haga suyas las decisiones adoptadas, para ello es necesario conocer a las personas u organizaciones sociales, que trabajan y conocen su entorno de tal manera que pueden aportarnos con iniciativas o políticas más cercanas a la realidad. En el caso del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en diferentes barrios se han constituido Comités de Seguridad Ciudadana, integrado por personas que de manera voluntaria se interesan en temas de seguridad ciudadana de su sector, por lo que al momento de crear políticas de seguridad ciudadana, la Secretaría General de Seguridad y Gobernabilidad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, deberá entablar meses de discusión con dichos Comités para conocer las necesidades de la población y su realidad, partiendo de ese conocimiento generar una política de manera conjunta.

Sánchez Morón, ha distinguido entre la participación interna, que consiste en la intervención de los que trabajan en el seno de la Administración pública; y la participación externa, que en su sentido más amplio se refiere a la intervención de los individuos y grupos sociales exteriores a la organización administrativa la colaboración técnica, el ejercicio privado de funciones públicas, las garantías de intervención del ciudadano en el procedimiento, la defensa de intereses

⁹² Rafael Barranco Vela, *El principio de participación en las leyes de servicios sociales* (Alicante: Cuadernos de Trabajo Social, 1993), 233.

colectivos y el control de funciones administrativas (procedimental, consultiva, negociadora, orgánica, electoral directa, y la participación interorgánica).⁹³

Mucho se puede hablar respecto de la participación ciudadana y de su indudable importancia dentro del trabajo de la Administración Pública, sin embargo destacaremos que en nuestro país de conformidad a la Constitución de la República del Ecuador, las y los ecuatorianos tenemos derecho a participar en asuntos de interés público así como fiscalizar los actos del poder público, se cuenta además con la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

A nivel de Distrito Metropolitano de Quito con la Ordenanza Metropolitana 0102, de 03 de marzo de 2016, mediante la cual se promueve y regula el Sistema Metropolitano de Participación Ciudadana y Control Social y se implementa el funcionamiento de la silla vacía en las sesiones del Concejo Metropolitano “[...] con el propósito de que participen en los debates del pleno y de sus comisiones y en las correspondientes decisiones[...]”, para lo cual la organización social interesada deberá cumplir con las condiciones establecidas en dicha Ordenanza, además uno de los aspectos más importantes respecto a la implementación referida, es que en los casos que existan dos o más acreditados a ocupar la silla vacía los interesados deberán acudir a una reunión de consenso en la que mediante voto se designará a la persona que intervendrá ante el Concejo Metropolitano y en el caso de no llegar a un acuerdo se escogerá a un representante por cada posición.

Hasta antes de ésta Ordenanza en el Distrito Metropolitano de Quito, el cumplimiento del artículo 101 de la Constitución de República no se encontraba definido de manera clara como hoy por hoy se encuentra, sobre todo en lo que se refiere al mecanismo de elección del ciudadano o ciudadanos que deben hacer uso de la silla vacía y expresen realmente la voluntad de la organización social interesada a la que representan.

En el ámbito de contratación pública el Servicio Nacional de Contratación Pública en cumplimiento del artículo 80 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana desde año 2015 propició que se lleven a cabo 90 Consejos Consultivos “...en los cuales han participado 13.945 proveedores del Estado, entre los que constan: emprendedores de la Economía Popular y Solidaria, micro, pequeña y

⁹³ Miguel Sánchez Morón, *La participación del ciudadano en la Administración Pública* (Madrid: CEC, 1981), 102 y ss.

mediana empresa, artesanos y demás actores involucrados en la contratación pública.”⁹⁴.

A continuación se detallan los logros alcanzados y ejecutados⁹⁵

Gráfico 1. Consejos Consultivos - Logros alcanzados y ejecutados



Desde mi punto de vista los logros alcanzados y ejecutados, reflejan el sentir y necesidades que los proveedores han podido identificar durante la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que lo más importante será que el Servicio Nacional de Contratación Pública dedique su atención al seguimiento y cumplimiento de las necesidades planteadas.

m) Transparencia. Se trata de la existencia de mecanismos objetivos mediante los cuales los administrados puedan valorar y evaluar el actuar administrativo.

Respecto de éste principio en el Ecuador se encuentra vigente desde el año 2004 la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública en cuyo artículo 4 señala:

⁹⁴ Servicio Nacional de Contratación Pública–Resultados–Consejos Consultivos. <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/resultados/>

⁹⁵ Ibídem.

Art. 4.- Principios de Aplicación de la Ley.- En el desarrollo del derecho de acceso a la información pública se observarán los siguientes principios:

- a) La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información;
- b) El acceso a la información pública, será por regla general gratuito a excepción de los costos de reproducción y estará regulado por las normas de esta Ley;
- c) El ejercicio de la función pública, está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones. Este principio se extiende a aquellas entidades de derecho privado que ejerzan la potestad estatal y manejen recursos públicos;
- d) Las autoridades y jueces competentes deberán aplicar las normas de esta Ley Orgánica de la manera que más favorezca al efectivo ejercicio de los derechos aquí garantizados; y,
- e) Garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que se posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público.

Con la implementación del Sistema Oficial de Contratación del Estado - SOCE, los procesos de contratación que cada entidad emprenda, son públicos, de tal manera que cualquier persona puede ingresar al Sistema y conocer el objeto de las contrataciones y por ende el monto destinado a cada una de ellas, a excepción de las adquisiciones calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, cuya información es considerada como reservada.

Para el autor Diego Younes Moreno, en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, los principios de la función administrativa son:

n) Igualdad. Descansa este principio, en el tratamiento rigurosamente imparcial a todos los administrados, sin favorecer ni a individuos ni grupos.⁹⁶

La Administración Pública, como objetivo principal busca servir a la sociedad, este principio por lo tanto debe ser acatado por los funcionarios o servidores públicos, sin direccionar su actuación a favor de una persona o grupo si no por el contrario exigir de manera igualitaria el cumplimiento de sus deberes y respetar sus derechos.

o) Moralidad. Aunque éste principio podría considerarse subjetivo, en el ámbito de contratación pública es relevante y sumamente necesario.

Según este principio, las funciones adscritas a cada servidor deben desenvolverse dentro de auténticos propósitos de servicio público, con toda

⁹⁶ Diego Younes Moreno, *Curso de Derecho Administrativo*, (Bogotá: TEMIS, 2007), 11.

honestidad y desinterés y con absoluto respecto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones a los servidores público.⁹⁷

Este principio en la práctica se ve reflejado con la elaboración y puesta en vigencia de códigos de ética, para garantizar de alguna manera que los funcionarios actúen con rectitud, sin embargo el Ecuador no está libre de personas que comenten actos de corrupción, y muchas veces los obligados a cumplir y hacer cumplir la norma son quienes propician estos actos.

p) Eficacia. El cumplimiento de este principio permitiría a cada ciudadano o ciudadana sentirse respaldado por la administración pública, sin embargo en la práctica es muy poca la guía que se recibe en las instituciones públicas, y menos aún la remoción de oficio de obstáculos formales.

Este principio, advierte que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento, podrán sanearse en cualquier tiempo que de oficio o a petición del interesado.⁹⁸

q) Economía. Lamentablemente son muy pocas las instituciones públicas que minimizan al máximo la cantidad de requisitos y documentos para dar atención a un trámite, cuando en la actualidad se cuenta con herramientas informáticas que permiten cruzar información, evitando así que el ciudadano se vea en la tarea de acudir a institución por institución en la recolección de documentos.

Las normas de procedimiento deben ser utilizadas para agilizar las decisiones. Los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos y no se deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene.⁹⁹

r) Celeridad. Como ciudadanos y ciudadanas requerimos que la Administración Pública se encuentre provista de medios físicos y tecnológicos que efectivicen su trabajo y el tiempo empleado para atender cada requerimiento sea mínimo.

Las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.¹⁰⁰

⁹⁷ Ibídem 11.

⁹⁸ Ibídem 11.

⁹⁹ Ibídem 11.

¹⁰⁰ Ibídem 11, 12.

s) Imparcialidad. La Administración Pública, es objetiva para lo cual deberá tener a disposición procedimientos claros, que serán establecidos necesariamente en una norma, a fin de que sus acciones respondan al seguimiento estricto de dicho procedimiento, evitando así acciones subjetivas.

Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que, la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación. Por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actué ante ellos.¹⁰¹

t) Publicidad. Las autoridades dan a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones notificación o publicaciones que ordene la ley.¹⁰²

Actualmente este principio se ha caracterizado por la utilización de redes sociales, tanto así que en cada institución pública se cuenta con personal especializado del manejo de medios, para difundir de mejor manera las acciones emprendidas, a más de publicaciones en revistas y otros medios.

u) Coordinación. Las actividades de la administración por su complejidad creciente, precisan de un adecuado y lógico nivel de comunicación, interacción e interdependencia.¹⁰³

Respecto a la coordinación ya nos habíamos referido sin embargo enfatizaremos en el hecho de que si las entidades públicas no coordinan sus acciones, posiblemente no tendrán oportunidad de generar acciones de mayor impacto, generándose actividades dispersas sin objetivos claros o metas tangibles, un caso en concreto desde mi punto de vista, son las políticas establecidas en torno a la violencia de la mujeres, niños niñas y adolescentes, en cada nivel de gobierno existen entidades encargadas del tema sin embargo dado que cada una trabaja de manera independiente el tema sigue estando presente en nuestra sociedad, según la Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres, del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del año 2011, en el Ecuador 6 de cada 10 mujeres han vivido algún tipo de violencia de género¹⁰⁴. Lo más lamentable es que cada entidad muy posiblemente destinó recursos para afrontar esta problemática, cuando lo más apropiado es generar agendas interinstitucionales, responsables,

¹⁰¹ Ibídem 11, 12.

¹⁰² Ibídem 11, 12.

¹⁰³ Ibídem 11, 12.

¹⁰⁴ Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres. INEC en <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/violencia-de-genero/8>

indicadores y sobre todo implementar mecanismos de evaluación para conocer si aquellas actividades planteadas están generando un cambio.

v) Control. Según este principio las actividades de la función administrativa requieren vigilancia, supervisión y seguimiento.¹⁰⁵

Como ya se había señalado anteriormente la Contraloría General del Estado, es el ente de control competente, para luego de realizado dicho control, establecer el grado de responsabilidad por las acciones u omisiones de los funcionarios públicos o privados encargados de administrar recursos públicos y establecer sus respectivas sanciones.

El Servicio Nacional de Contratación Pública se encarga de verificar en términos generales que se dé un debido cumplimiento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General de Aplicación y sus Resoluciones.

Adicionalmente las superintendencias de conformidad al artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, son organismos técnicos que se encargan de vigilar, auditar, intervenir y contralar las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas.

Finalmente la Secretaría Nacional de la Administración Pública a través del Secretario Nacional, de conformidad al artículo 15 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se encarga de controlar la ejecución de propuestas, proyectos de mejora y modernización de la gestión pública.

Sin perjuicio de las competencias en el ámbito de control de las entidades mencionadas, la ciudadanía podrá ejercer el control social de la actuación de cualquier organismo público.

w) Delegación. Corresponde a la ley señalar cuáles de sus funciones puede delegar el presidente, en ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de las entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y otras agencias de Estado.¹⁰⁶

La delegación se encuentra relacionada con otro principio, el de celeridad, pues permite que otra a persona a más de la máxima autoridad despache de forma más ágil aquellos asuntos de carácter interno como externo, cabe señalar que la

¹⁰⁵ Ibídem 11, 12.

¹⁰⁶ Ibídem 11, 12.

delegación no implica que el delegante deje de ser responsable por los actos de su delegado.

x) Planeación. Respecto a la planeación, el Consejo Nacional de Planificación, mediante Resolución No. 002, publicada en el Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013, aprobó el Plan Nacional de Desarrollo denominado Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 -2017, mismo que persigue, entre otros, los siguientes objetivos:

Objetivo 1: Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular.

Objetivo 2: Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial, en la diversidad.

Objetivo 3: Mejorar la calidad de vida de la población.

Objetivo 4: Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.

Objetivo 5: Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad.¹⁰⁷ (...) las instituciones del sector público, en los distintos niveles de gobierno, articulen la formulación de sus políticas, planificación institucional, programas y proyectos públicos, la programación y ejecución presupuestaria; y, la inversión y asignación de recursos públicos, con los objetivos, políticas, lineamientos estratégicos, metas y Estrategia Territorial Nacional establecida.¹⁰⁸

Este principio persigue acabar con la improvisación estatal y antes bien determina que la administración pública debe diseñar para el corto, mediano y largo plazos los medios con los que pretende satisfacer las necesidades colectivas, orientando las tareas de las entidades oficiales, señalando metas, acciones prioritarias y los recursos necesarios para el efecto.¹⁰⁹

En el ámbito de contratación pública esta obligación se ve reflejada en el artículo 9, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que considera como uno de los objetivos del Sistema: “8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales”. Mientras que el artículo de la 22 de la Ley precitada dispone que:

Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

¹⁰⁷ Plan Nacional del Buen Vivir en <http://www.buenvivir.gob.ec/presentacion1>

¹⁰⁸ Ecuador, *Resolución No. 002*, del Consejo Nacional de Planificación, Registro Oficial, Suplemento No. 78 (Quito, 11 de septiembre de 2013), art. 2

¹⁰⁹ *Ibíd*em 12, 13.

Alcanzar el Buen Vivir entonces sería únicamente el resultado de la efectiva y eficiente planificación que al interior de cada entidad pública de acuerdo a sus competencias y ámbito de acción se realice y el presupuesto destinado para las contrataciones de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, sea el reflejo del cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo y por ende el mecanismo mediante el cual los organismos del Estado nos acercan al Buen Vivir.

aa) Evaluación. En el Ecuador la Secretaría Nacional de la Administración Pública del Ecuador de conformidad al artículo 13 del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, es la encargada de establecer las políticas, metodologías de gestión e innovación institucional y herramientas necesarias para el mejoramiento de la eficiencia, calidad y transparencia de la gestión en las entidades y organismos de la Función Ejecutiva, con quienes coordinará las acciones que sean necesarias para la correcta ejecución de dichos fines. Así también, realizará el seguimiento y evaluación de la calidad en la gestión de los mismos.

Mediante este principio se permite valorar en cuanto a la Administración Pública, el cómo ha manejado sus recursos para sobrevivir, cómo se ha interrelacionado con otras dependencias y con el usuario del servicio que provee, cuál ha sido su nivel de eficiencia en el ejercicio de los fondos públicos, así como en la interacción con agentes internos y agentes externos, y la calidad en la prestación del bien o servicio que produce; es decir, la satisfacción del cliente y la rendición de cuentas.¹¹⁰

1.4 Potestades del Estado

Dentro del estudio de la Administración Pública, es necesario concentrarnos en las potestades del Estado, cuya aplicación permite su desenvolvimiento sin más limitantes que la ley.

El autor Patricio Secaira Durango en su obra *Curso Breve de Derechos Administrativo*, al referirse a la potestad pública, parte de su definición etimológica y dice que el “término potestad proviene del latín POTESTAD O POTESTAIS, palabras provenientes de la raíz POT, cuyo significado es poder, poderío, potencia o facultad soberana”.¹¹¹ Señala además que la potestad:

¹¹⁰ Antonio Taja Tame, *El papel de la evaluación en la gestión pública* (Puebla: Órgano Superior de Fiscalización, 2001), 5.

¹¹¹ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derechos Administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 121.

Constituye una capacidad superior, integrada por la unión de albedríos individuales de los integrantes de una nación determinada, que son entregados al Estado, único titular del poder público para que ésta tenga la autoridad moral y jurídica suficiente a fin de viabilizar el cumplimiento de los propósitos nacionales permanentes.¹¹²

Para el tratadista Enrique Linda Paniagua, la potestad: no es resultado de una relación jurídica, si no que se genera directamente en el ordenamiento; no recae sobre un objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico; no se concreta en una pretensión, sino que supone la abstracta posibilidad de producir efectos jurídicos [...]

Las potestades de la administración pública, se consideran poderes de este previamente establecidos por la Ley, en el estricto cumplimiento del principio de legalidad. Para ejercer las facultades de la administración pública tiene que ser únicamente con motivo de la persecución del interés público, y no se admite la persecución del interés propio o privativo de la administración pública.

1.4.1 Formas de atribución de potestades

A fin de determinar o concluir si los organismos ostenta o no una potestad será necesario identificar si la misma ha sido debidamente otorgada o atribuida, y por lo tanto la misma puede ejercerse.

Para el autor Enrique Linda Paniagua, la atribución de potestades se requiere que sea expresa y específica. La atribución expresa significa que la potestad sólo se entiende conferida cuando explícitamente lo ha sido por el ordenamiento y la atribución específica alude a la concreción de las mismas.¹¹³

1.4.2 Características

Las características de la potestad pública son:

1. **Unilateral:** Pues proviene y es propia del Estado, único titular y representante del poder público que radica en la nación, Consulta solo el interés general.
2. **Irrenunciable.-** Por cuanto la potestad nace de la necesidad que el Estado tiene de normar su actividad y del poder para hacer que se ejecute lo que dispone.
3. **Imprescriptible.-** La potestad no desaparece, se la pierde o se la adquiere por el transcurso del tiempo ya que es poder originario, permanente y connatural a la

¹¹² Ibídem, 121.

¹¹³ Enrique Linda Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4ta, ed. (Madrid, COLEX Editorial 2012), 272.

vida misma del Estado. Siendo la potestad una facultad soberana va de suyo que permanece al Estado de modo permanente.

4. **Intransferible.-** La potestad no puede ser transferida, es decir, no puede ser entregada a nadie a ningún título, ni siquiera por hechos de orden público, por cuanto es poder que nace de la nación y es entregada originaria y permanentemente al Estado.¹¹⁴

1.4.3 Clasificación

Como base fundamental para el estudio del tema planteado traeremos a colación las diferentes potestades del estado, lo que ratifica que la Administración Pública actúa en mérito de éstas, por lo tanto aquella potestad que no se encuentre otorgada a la Administración Pública, no podrá ejecutarse.

a) Desde la perspectiva de su intensidad regulatoria:

1.- Potestad reglada.-

“El ordenamiento puede contener la determinación precisa y exhaustiva de las condiciones de ejercicio de la potestad administrativa así como de los supuestos legales sobre los que opera.”¹¹⁵

Conforme el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, las potestades de los organismos que forman la Administración Pública Central o Institucional, constarán dentro de ésta norma jerárquica superior o dentro de una ley. Contar con la determinación precisa de sus funciones permite a los servidores o servidoras motivar su actuación.

2.- Potestad discrecional.-

Es aquella otorgada al servidor o servidora pública competente de resolver un caso puesto a su conocimiento, la resolución dictada deberá ser motivada es decir deberá contener todos los considerandos de hecho de derecho que justifican la decisión tomada; pensar que la norma debe contener de manera categórica las respuestas a cada caso, no solo que es imposible si no que deja de lado la obligación que el servidor o servidora pública tienen de esgrimir los documentos y disposiciones normativas aplicables a cada caso.

El catedrático Marco Molares Tobar, en su obra *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, manifiesta que:

¹¹⁴ Patricio Secaira Durango, Curso Breve de Derechos Administrativo, 122.

¹¹⁵ Enrique Linda Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 273.

El obrar administrativo, no implica otra cosa que la ejecución de una norma dictada previamente y con toda certeza quien la confecciona, no siempre tendrá presente ni a la mano, todas las alternativas y vicisitudes que se generarán alrededor de la aplicación de determinada hipótesis jurídica, lo que provoca que en un momento determinado, en el cual el administrador público deba optar por la resolución, se enfrentará a una serie de circunstancias de oportunidad y conveniencia que ni siquiera se imaginaron en toda su amplitud y complejidad, en los albores de la producción normativa.¹¹⁶

El legislador plateará entonces hipótesis y la autoridad competente será la llamada resolver la misma previo análisis de las circunstancias en las que un hecho se produjo y como éste hecho encaja con la norma dictada, por lo tanto en ningún caso la potestad discrecional deberá confundirse con la arbitrariedad, pues la decisión del servidor será simplemente un reflejo de la observancia de las normas y los principios que rigen la Administración Pública.

En nuestro país rige desde el año 2002, el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad y en su artículo 2 dispone:

Art. 2.- De los Actos Discrecionales.- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interprete y valore dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue. La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.¹¹⁷

De acuerdo a este artículo la potestad discrecional según el doctor Morales, se encuentra limitada por tres parámetros “la racionalidad, la pertinencia de los hechos y la valoración en base de informes previos.”¹¹⁸

En el ámbito de contratación pública, el acto administrativo que resuelve la terminación unilateral de un contrato, es un ejemplo claro del ejercicio de la potestad discrecional, pues la autoridad competente previa revisión del informe que el

¹¹⁶ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP, 2001), 35.

¹¹⁷ Ecuador, *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, Decreto Ejecutivo 3179*, Registro Oficial 686, (Quito, 18 de octubre de 2002), art. 2.

¹¹⁸ *Ibíd.*, 39.

administrador del contrato elabore así como las disposiciones legales que le facultan para optar por esta forma de terminación de la relación contractual, emitirá dicho acto administrativo, con plena seguridad de que el mismo se encuentra debidamente motivado.

3.- Potestad reglamentaria.-

En el Ecuador la potestad reglamentaria radica en el Poder Ejecutivo y otras instituciones públicas, que por su naturaleza o especialidad requieren de tal potestad y que legalmente se encuentran facultadas para la emisión de reglamentos.

Es el poder que tiene el Estado, reservada al ejecutivo o delegada a otras instituciones públicas, para expedir normas secundarias de carácter general, que sirven de complemento al ordenamiento jurídico de un país. No tiene el carácter soberano que sí posee la potestad legislativa; aunque se sostiene que es una derivación de esta, surgida por efecto de la cesión pública del poder entre los órganos estatales para el logro de su propio equilibrio.¹¹⁹

Los artículos 212 numeral 3 y 219, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone:

“Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.”¹²⁰

“Art. 219.- El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:

a) Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia.”¹²¹

¹¹⁹ Curso breve de Derecho Administrativo, Patricio Secaira Durango, Editorial Universitaria, (Quito, Universidad Central del Ecuador, 2004), 124

¹²⁰ Constitución de la República del Ecuador, [2008], tít. IV , "Participación y Organización del Poder, cap. quinto, “Función de Transparencia y Control Social”, sección tercera, Registro, Oficial, No. 449, (Quito, 20 de octubre de 2008), art. 212.

^b La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 441 dispone: Art. 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

En el último proceso de aprobación de lo que desde mi punto de vista fueron reformas a la Constitución, la Corte Constitucional resolvió “(...) que sea la Asamblea que tramite, vía enmienda constitucional, los cambios planteados a la Norma Suprema por cuanto los temas propuestos no alteran la estructura fundamental o el carácter constitutivo del Estado, no establece restricciones a los derechos y garantías ni modifican el procedimiento de reforma de la Constitución.”

¹²¹ Constitución de la de la República del Ecuador, 2008, Tít. IV , Participación y Organización Del Poder, Capítulo sexto, Función Electoral, Sección primera, Consejo Nacional Electoral, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008), Artículo 219.

En contratación pública el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación fue expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009, mismo que la ha fecha no recoge muchas de las reformas a la Ley realizadas durante los años 2009, 2013, 2014 y 2015, incluso aquellas disposiciones que se encuentran establecidas mediante Resoluciones del SERCOP, que desde mi punto de vista deberían hacer parte del Reglamento como es el caso de la Resolución No. RE-Incop-2016-0000072, De 31 De Agosto De 2016, mediante la cual se expide la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, en la cual en el capítulo IV, referente a la disposiciones relativas a los Procedimientos de Menor Cuantía de Bienes o Servicios; y, el artículo 312 específicamente, se establece como requisito constituir una lista de proveedores con interés en participar, requisito no previsto en el artículo 58 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.- Potestad Legislativa.-

En el Ecuador esta potestad la ejerce la Asamblea Nacional, misma que desde el año 2008 ha aprobado 49 leyes¹²²; y, “quince enmiendas constitucionales.

“Es el poder que tiene el Estado para promulgar la constitución y las leyes de la República, la cual está reservada al Parlamento. Es la capacidad de instituir o modificar la estructura jurídica del Estado, en ejercicio efectivo de la soberanía.”¹²³

En actualidad desde mi punto de vista, en nuestro país la cantidad de leyes expedidas superan la capacidad de cualquier persona de conocer todas a profundidad, apartando el hechos de que su temporalidad es impredecible y su procesos de construcción es incierto, pues no se conoce si se llevaron a cabo procesos de participación ciudadana y por ende responde a una necesidad colectiva, o en su defecto está elaborada para atender únicamente a ciertos sectores o privilegiando intereses gubernamentales que nada tienen que ver con el interés público o el clamor ciudadano.

5.- Potestad Controladora

Como se había señalado la Contraloría General del Estado, el Servicio Nacional de Contratación, las Superintendencias y la Secretaría Nacional de la

¹²² Asamblea Nacional de la República del Ecuador en <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas?leyes aprobadas=All&title=&fecha=&page=7>

¹²³ Patricio Secaira Durango, *Curso breve de Derecho Administrativo*, 124.

Administración Pública, conforme la ley que les regula poseen la potestad controladora.

Es el poder estatal para controlar y regular las actividades públicas o privadas y se orienta a lograr una actividad eficiente que garantice el bien común; se la ejerce por medio de entes especializados. Es una potestad que tutela la legalidad de las operaciones administrativas en todas sus derivaciones.¹²⁴

En un ámbito más amplio como es el constitucional se prevé, la posibilidad de presentar según sea el caso una acción de protección de conformidad al artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, “cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial [...]”¹²⁵; una acción por incumplimiento conforme el artículo 93 ibídem, que tiene “objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. [...]”¹²⁶; y, la acción extraordinaria de protección la cual “procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución [...]”¹²⁷, de acuerdo a lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador.

En este sentido la Constitución pone a disposición de la ciudadanía procedimientos mediante los cuales la Corte Constitucional puede amparar de manera directa los derechos humanos cuando estos hayan sido vulnerados por una autoridad pública no judicial, o una persona particular, en cuanto a la acción por incumplimiento, si el Código Orgánico General de Procesos, reconoce a la jurisdicción contenciosa administrativa la potestad de realizar el control de legalidad de los hechos, no se entiende como puede existir otra mecanismo a nivel de Corte Constitucional que busque garantizar la aplicación de las normas que integran el

¹²⁴ Ibídem, 124.

¹²⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít III, “Garantías Constitucionales”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 88, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa.

¹²⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít III, “Garantías Constitucionales”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 93, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa.

¹²⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít III, “Garantías Constitucionales”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 94, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa.

sistema jurídico, cuando ya existe una instancia que realiza el control de legalidad, por lo que considero que la acción extraordinaria de protección, la cual pretende verificar que en la emisión de una sentencia o auto definitivo se hayan observado los derechos que la Constitución protege, es la acción que se acopla de mejor manera a los competencias de la Corte Constitucional.

Cabe anotar que de conformidad al inciso séptimo del artículo 102, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.”, en este caso la reclamaciones el recurso de apelación, mediación o arbitraje o sede judicial de conformidad al artículo 300 del Código Orgánica General de Procesos.

Disposición que violenta la propia Constitución, al limitar a los ciudadanos a los procesos previstos en la Ley, cuando en caso de violación a los derechos humanos se puede acudir a la Corte Constitucional.

6.- Potestad Jurisdiccional

Esta potestad tiene una vinculación directa con la Función Judicial, que implica la administración de justicia

La potestad jurisdiccional es una sola, aunque puede estar distribuida en órganos judiciales, como en administrativos independientes de las demás funciones del Estado.”¹²⁸

Sin embargo este concepto no aplica para el Estado ecuatoriano pues la Constitución del 2008 reconoce en su artículo 171 la jurisdicción indígena, que implica que “las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.”, de la cual ya se ha comentado, sin embargo vale añadir que al reconocer a las comunidades pueblo y nacionalidades indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales sin contar con una limitación, puede producir excesos o abusos al interior de ésta comunidades, por ello que desde mi punto de vista aquellos actos

¹²⁸ Ibídem, 124,125.

que violentan o ponen en riesgo el orden social deben ser sancionados previo procedimiento seguido por la justicia ordinaria.

Le corresponderá entonces a la Corte Constitucional, que los casos sometidos a ésta jurisdicción respeten el debido proceso y si el acto cometido se encuentra tipificado como delito será la Fiscalía la encargada de tomar conocimiento y procesar la causa ante el Tribunal Penal correspondiente.

b) Según su contenido

1.- Potestad reglamentaria. A consideración de Luciano Parejo Alfonso “[...] es una de las más intensas en el ordenamiento jurídico, ya que implica otorgar a los órganos de la Administración del Estado un poder excepcional de creación concurrente del orden jurídico y no sólo de sujeto del mismo”.¹²⁹

Esta potestad deberá ser ejercida observando en todo momento el orden jerárquico de la norma, debiendo por lo tanto ajustarse exclusivamente a lo que la Ley disponga, vale decir además que García Trevijano citado el doctor Marco Morales Tobar considera que “[...] los Reglamentos ejecutivos se dictan en ‘ejecución’ de la Ley, los independientes se dictan para ‘aplicación’ de la Ley.”¹³⁰

En nuestro país particularmente pasa que el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé dentro de las contrataciones bajo Régimen Especial, el procedimiento para contrataciones con Proveedor Único, figura no prevista en el artículo 2 de la Ley.

2.- Potestad de planificación. A consideración de la autora Vega María Arnáez, se debe ver como un enunciado normativo en virtud del cual se determinan las pautas y las directrices básicas que inspiran y condicionan la actuación, tanto de los poderes públicos como de los particulares, incluyendo las relaciones que se establezcan entre ellos; pautas y directrices que se materializan e instrumentan jurídicamente a través de los diferentes planes, proyectos y programas administrativos.¹³¹

Como se había señalado en líneas anteriores, la planificación es una potestad indispensable y de cumplimiento obligatoria en la Administración Pública, pues es la

¹²⁹ Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002), 296,297.

¹³⁰ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Administrativo*, 13.

¹³¹ Vega María Arnáez Arce, *La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas*. Foro: Boletín JADO, Año X, No. 22 (diciembre de 2011), 37.

muestra de que las autoridades públicas trazan un camino a seguir para el desarrollo del país, la región, la provincia, la ciudad o la parroquia; que las contrataciones se realizan con un objetivo específico y no por antojo o intereses personales sin un impacto tangible o cuantificable.

3.- Potestad organizatoria. Es la facultad de las Administraciones Públicas para diseñar y modelar su propia organización configurándose como una auténtica potestad administrativa.¹³² A consideración de José Luis Villar constituyen el “[...]conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar su estructura, en orden a la creación, supresión y modificación de órganos administrativos y la atribución de respectivas competencias a estos órganos nuevos”.¹³³

Al interior de muchos organismos públicos se cuenta con lo que conocemos como Estructura Orgánica, emitida mediante acto administrativo por la máxima autoridad de la entidad, donde se desglosa a detalle las funciones de cada Coordinación o Dirección, identificando su misión, visión, objetivos y productos, este instrumento legal nos permite identificar las competencias que cada área tiene e del organismo.

4.- Potestad tributaria. Para Balladares Saballos “[...] la potestad tributaria consiste en el poder para dictar normas jurídico tributarias por parte del Estado, esto es, crear tributos a través de leyes”¹³⁴, mientras que para Priego Álvarez es “[...] la capacidad que tiene el ente para establecer contribuciones, lo que en esencia debe entenderse como potestad tributaria normativa”.¹³⁵

El Código Orgánico de Organización Territorial-COOTAD, faculta a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Municipales y Metropolitanos, crear, modificar, extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que preste y obras que ejecuten.

¹³² Aparicio Iñigo Martínez de Pisón, *La potestad organizatoria y los derechos de los funcionarios públicos*, en Lorenzo Martín y Retortillo Baquer, coord., *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (Madrid: Editorial Civitas, 1993), 95.

¹³³ José Luis Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General I* (Madrid: Editorial Dykinson, 1977), 159 y ss.

¹³⁴ Reynaldo Balladares Saballos y Francisco Somarriba Jarquín, *Derecho Tributario* (Nicaragua: Universidad Centroamericana, 2010), 19.

¹³⁵ Freddy Priego Álvarez, *La potestad tributaria normativa: El concepto*, en Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, *Manual de Derecho Tributario* (México: Editorial Porrúa, 2008), 126.

Por su parte el Servicio de Rentas Internas es el encargado de ejecutar la política tributaria aprobada por el Presidente.¹³⁶

5.- Potestad sancionadora. Siendo la potestad sancionadora el eje central del presente trabajo investigativo, en este capítulo expondremos un concepto para dedicarnos de lleno en ésta potestad en el capítulo segundo.

Es aquella que reconoce a los órganos de la Administración, como a los tribunales, la capacidad de imponer sanciones administrativas a los particulares en caso de infracción de ciertos deberes jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico. Esta potestad, no es necesario que se reconozca expresamente en la Carta Fundamental, puede establecerse en diversas leyes administrativas, atribuyéndole a órganos especializados de la Administración del Estado el poder jurídico para imponer sanciones en conformidad a la ley.¹³⁷

Toda vez que el presente trabajo investigativo tiene como finalidad profundizar esta potestad en el ámbito de la contratación pública diremos únicamente, que el Estado, para que los ciudadanos y los servidores respondan ante o por la gestión pública, requiere de medios efectivos para que el contrato social que asintió para su nacimiento, subsista.

6.- Potestad disciplinaria. La Ley Orgánica del Servicio Público en el artículo 41 prevé el régimen disciplinario aplicable a los servidores y servidoras públicos, en caso de incumplimiento de sus obligaciones o inobservancia y violación de las disposiciones legales o reglamentarias que rigen su accionar.

Es una modalidad de la potestad sancionadora de la administración y por consiguiente tiene su círculo de aplicación únicamente a los servidores públicos. La potestad disciplinaria se hace sentir cuando las conductas contrarias al ordenamiento jurídico de los servidores públicos son objeto de sanción por haber sido cometidas en el ámbito interno de la organización estatal.¹³⁸

El autor Jaime Ossa, combina estos conceptos de la siguiente manera: “La potestad sancionadora es la que posibilita la acción punitiva de la administración. Es una atribución propia de la administración que se traduce en la viabilidad jurídica de

¹³⁶ Ecuador, *Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas*, Registro Oficial 206, (Quito, 02 de diciembre de 2007), art.2.

¹³⁷ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Editorial Tecnos, 1994), 21,22; y Eduardo Cordero Quinzacara, *El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal*. Foro: Revista de Derecho, vol. XXV, No. 2 (diciembre de 2012), 146.

¹³⁸ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009), 76.

la imposición de sanciones a los particulares y aun a los funcionarios que infringen sus disposiciones”.¹³⁹

La potestad de emplazar sanciones a particulares o servidores públicos, busca generar la conciencia de aquellos que vulneran el ordenamiento jurídico que ese tipo de hechos son reprochables y valga la redundancia sancionados.

7.- Potestad expropiatoria. La expropiación es la potestad que aunque legítima al mismo tiempo vulnera el derecho de propiedad de los ciudadanos por un interés general, a cambio de una indemnización, generalmente está vinculada a la ejecución de un proyecto de construcción de obra, que por su extensión o ubicación se ve la necesidad de expropiar bienes inmuebles cuya propiedad la tiene un privado, reconociéndole por ese hecho un valor, ese valor será el determinado en la ficha catastral del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal donde se encuentre ubicado el inmueble, en caso de que el propietario no se sienta satisfecho con el valor a pagarse según el avalúo comercial, podrá mediante juicio solicitar se cancele un valor más alto.

La potestad expropiatoria es la prerrogativa exorbitante que permite a la Administración pública privar coactivamente del derecho de propiedad a los administrados. Se trata de uno de los signos más característicos de la posición de privilegio de las Administraciones públicas como sujeto de Derecho y es, además, uno de los elementos que delimitan el estatuto jurídico básico del derecho de propiedad.¹⁴⁰

8.- Potestad de ejecución forzosa. La Administración Pública con el afán de precautelar el interés general sobre el particular, puede obligar al administrativo al cumplimiento de sus disposiciones de manera forzosa.

Esta potestad emana del mandato general de ejecución de la ley que imponen los ordenamientos jurídicos a los órganos administrativos. Así, la potestad extraordinaria de poner en ejecución los contenidos normativos del ordenamiento, declarando los derechos y obligaciones que impone éste, constituiría un poder jurídico reconocido a la Administración Pública en el derecho.¹⁴¹

¹³⁹ Ibídem. 97.

¹⁴⁰ Víctor Manteca Valdelande, *Las potestad expropiatoria de las Administraciones Públicas*, Foro: Revista Actualidad Administrativa, No. 1, (Primera Quincena de enero de 2012): 97.

¹⁴¹ Gustavo Fiamma Olivares, *El régimen administrativo tutelado* (Chile: Gaceta Jurídica, No. 71, 1986), 8; y Eduardo Cordero Quinzacara, *La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley N° 19.880*. (Ponencia, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, “Acto y procedimiento administrativo”, Universidad Católica de Valparaíso, s.f.): 109-130.

Las leyes son creadas para cumplirse, sin más requerimiento que el de su promulgación en el Registro Oficial.

9.- Potestad de coacción. Esta potestad va de la mano de la potestad de ejecución forzosa, por cuanto la promulgación de leyes, sin un mecanismo coercitivo que obligue a los ciudadanos a cumplirle, volvería inútil todo el procedimiento de creación de la leyes así como los fines planteados.

La coacción administrativa en general y específicamente la jurisdicción coactiva, se han conferido en las legislaciones, como aquella potestad exorbitante o excepcional derivada directamente del acto administrativo, y específicamente de su principio de ejecutoriedad y que implica la exigencia que ejerce la Administración para que sus decisiones sean cumplidas.¹⁴²

Del comentario expuesto sobre el derecho a la ciudad, los proyectos, actividades y en general las acciones que el Municipio o cualquier otra entidad pública emprenda en observancia de sus competencias para que los ciudadanos alcancen el buen vivir, genera, en la mayoría de los casos gastos, por lo que uno de los mecanismos con los que las entidades públicas cuentan es la jurisdicción coactiva, proceso judicial que de ser favorable para las entidades, obliga a los particulares a cancelar valores a su favor. Dicha potestad debe ser otorgada legalmente.

10.- Potestad de investigación. Mantener un registro o inventario de los bienes inmuebles cuya propiedad está a nombre de una institución pública, pretende consolidar dicha información y sobre todo medir el gasto o inversión realizada por el mismo en la adquisición o construcción de éstos.

[...] la potestad de investigación consiste en la facultad que posee la Administración, como cualquier otro propietario, de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman de su propiedad, a fin de determinar, cuando no le conste, la propiedad del Estado sobre unos y otros.¹⁴³ En tercer lugar, la potestad de deslinde es aquel derecho que posee la Administración Pública para delimitar sus propiedades, fijando sus límites y haciéndolos visibles por medios de postes. Esta potestad puede llevarse a cabo sin necesidad de la intervención judicial, o sea la propia administración es quien delimita.¹⁴⁴

A nivel Nacional esta potestad la ejerce la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR; y, de conformidad al artículo 4 del Decreto

¹⁴² Francisco Guerreño Celi, *Introducción a la acción coactiva* (Quito: Edición Electrónica, 2015), 3, <http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/introduccion_a_la_accion_coactiva_2.pdf>.

¹⁴⁴ Ibíd. 70.

Ejecutivo 798, publicado en el Registro Oficial No. 485, entre otras sus funciones son:

1. Identificar mediante inventario los registros de los bienes inmuebles de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto.
2. Desarrollar y administrar el Catastro Único de Bienes Inmuebles del Estado, con cada uno de los bienes inmuebles de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto.
3. Establecer la situación técnica y jurídica de los bienes inmuebles de propiedad, en uso o en posesión de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto, aquellos sobre los que se ha establecido o consolidado el derecho de dominio, aquellos que se encuentran invadidos, abandonados, arrendados, entregados en comodato, en posesión de otras personas, aquellos cuya situación jurídica no se encuentre regularizada, aquellos respecto de los que se tenga la expectativa legítima de adquirir su uso o dominio, o que bajo cualquier otro título se encuentren en tenencia de las referidas instituciones. Esta función se extiende, inclusive, a los inmuebles aportados a fideicomisos en los que las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto, sean constituyentes, beneficiarias o que bajo cualquier título mantengan derechos fiduciarios o cuotas de participación fiduciaria.

11.- Potestad de revisión de oficio de los actos administrativos. La posibilidad de revisar de oficio los actos administrativos, en virtud de ésta potestad, permiten a las instituciones públicas, dejar sin efecto el acto como tal, así como ratificar los establecido con la finalidad de precautelar los derechos de los ciudadanos.

La potestad de revisión de oficio de los actos administrativos o de revocación e invalidación de los mismos por la propia Administración del Estado, sin intervención, en principio, de los tribunales de justicia, es una potestad excepcional por cuanto atenta contra el principio de derecho de no ir contra los actos propios. Se trata pues de la facultad que posee la Administración, en determinadas situaciones de revisar la eficacia de sus decisiones y si fuere pertinente, anularlas o modificarlas.¹⁴⁵

El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva prevé la posibilidad extinguir los actos administrativos de oficio en las siguientes circunstancias:

Art. 90.- Razones.- Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad.

Art. 91.- Extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo. El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos.

¹⁴⁵ Juan Carlos Ferrada, *La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado*. (Ponencia, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Acto y procedimiento administrativo, Universidad Católica de Valparaíso, s.f.); y Eduardo Soto Kloss, *La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, Foro: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, No. 3 (Septiembre-diciembre de 1988), 157.

La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.

Art. 93.- Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al presente estatuto también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.

Si bien los actos administrativos se entienden legítimos, no es posible creer que en todos los casos alguno de ellos no adolezcan de algún error o vicio que no pueda ser convalidable o subsanable por lo que la Administración Pública podrá reformarlos o extinguirlos de oficio, para ello se requerirá de la expedición de otro acto administrativo que disponga su reforma o extinción.

En los casos en que el acto administrativo tenga vicios de nulidad pero al mismo tiempo haya declarado derechos a favor de un administrado y lesione el interés público, se deberá emprender la acción de lesividad en los términos previstos en el artículo 97 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y artículos 304, 306 numeral 4 y 326 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos.

c) Según su incidencia en el ordenamiento jurídico

1.- Innovativas.- En estas el contenido se cifra en crear, modificar, extinguir situaciones jurídicas. Es el caso de la potestad de autorizar que genera autorizaciones o permisos, potestad concesional, para otorgar concesiones administrativas, expropiatoria, sancionadora, reglamentaria. Mediante ellas se crean situaciones jurídicas o se modifican de una forma u otra las existentes.¹⁴⁶

Entendemos por lo tanto que las potestades de autorizar, concesional, expropiatoria, sancionadora y reglamentaria, forman parte de la potestad innovativa, porque todas ellas crean o modifican situaciones jurídicas, en el ámbito de contratación pública estas potestades pueden generarse en virtud a una sola circunstancia, por ejemplo la contratación de una vía pública.

¹⁴⁶ María Zambonino Pulito, Apuntes de Derecho Administrativo I (Cádiz: Universidad de Cádiz, 2014), 1., en <http://www.derecho-administrativo.com/2014/07/clasificacion-potestades-administrativas.html>

- 1.- Si por su ubicación se requiere expropiar predios privados se procederá con el proceso de expropiación.
- 2.- Luego del proceso precontractual se adjudicará la obra al proveedor que cumplió con todos los requisitos exigidos por la entidad.
- 3.- El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, otorgará el respectivo permiso para la construcción de la vía.
- 4.- Si la entidad contratante no realiza la obra de manera directa podrá concesionarla para lo cual se contará con el respectivo acto administrativo, que adjudica la concesión a la empresa ganadora del concurso respectivo.

2.- No Innovativas.- Son aquellas que actúan sobre una determinada situación jurídica preexistente que se conserva, como por ejemplo el ejercicio de la potestad certificante. Se erigen como aquellos poderes de acción otorgados por el ordenamiento en cuya virtud la Administración se limita a reconocer la existencia de un derecho por preexistir éste en el patrimonio jurídico del administrado.¹⁴⁷

Los ejemplos que podemos señalar sobre esta potestad son varios, tenemos así al Ministerio de Trabajo, como el facultado para certificar que una persona no tiene impedimentos para trabajar en el sector público, en el caso del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, certifica que un empleador no tiene obligaciones pendientes y el caso de contratación pública el Servicio Nacional de Contratación Pública, certifica a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3.- De naturaleza normativa. Mediante la cual se otorga a los organismos públicos la potestad de expedir leyes o reglamentos, según su competencia.

En el ámbito de contratación pública, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue expedida por la Asamblea Nacional, el Reglamento por el Presidente de la República, y conforme el numeral 9 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, dicta normas administrativas, manuales e instructivos relacionadas a la Ley.

4.- De conformidad de situaciones y relaciones jurídicas. Se dan para tratar una situación determinada o para resolver determinado conflicto.

5.- Potestad de autotutela. Existen desde el punto de vista doctrinario dos posiciones respecto de ésta potestad.

¹⁴⁷ Fernando Martos Navarro y otros, Temario Teórico de desarrollo de la parte común del Programa Oficial Personal Laboral de la Xunta de Galicia. Grupos I y II (Sevilla: Editorial Mad, S.L., 2006), 175.

La primera que define a la autotutela como la potestad de la Administración Pública para revisar sus propios actos y la segunda que establece que los actos administrativos son de ejecución inmediata.

Así Carlos Luis Carrillo Artiles, en su obra *“La imbricación de la noción y contenido de la Potestad de Autotutela de la Administración en Venezuela”*, señala que “[...] se ha difundido la idea generalizada que la potestad de la Autotutela de la Administración descansa exclusiva y privativamente en el poder que detentan los órganos administrativos para revisar y corregir sus actos administrativos [...]”.¹⁴⁸

Mientras que la segunda entiende que las declaraciones emanadas desde la Administración Pública deben ser acatadas por los administrados desde su emisión sin necesidad de la intervención de una autoridad judicial, esta potestad está ligada a la legitimidad y ejecutoriedad que prevé el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 68, en los casos que así la norma lo disponga los actos administrativos deberán ser notificados.

Al respecto el doctor Marco Morales dice que “(...) Toda actuación de la Administración Pública debe ser obedecida por sus subordinados, administrados, gobernados, por el colectivo en general; la Administración Pública actúa para que sus disposiciones sean cumplidas.”¹⁴⁹

d) Según el grado de disponibilidad para incidir en la esfera jurídica de los administrados.

1.- De supremacía general. “Son potestades de supremacía general las que corresponden al Poder público (...)” “Los sometidos son los ciudadanos e incluso personas, que no tienen esta cualidad, lo que se denomina los simples administrados que se encuentran respecto del poder en una general situación pasiva de inercia.(...)”.¹⁵⁰

Se refiere entonces al poder del Estado ejercido hacia los administrados que se encuentran en una posición jerárquica inferior llamados únicamente acatar las decisión del primero, sin embargo dichas actuaciones serán aquellas que la ley prevé y entrega a cada organismo público, debiendo ajustar su actuación a los principios que rigen la Administración Pública.

¹⁴⁸ Carlos Luis Carrillo Artiles, *La imbricación de la noción y contenido de la Potestad de Autotutela de la Administración en Venezuela* (Caracas: Ediciones Paredes, 2007), 1.

¹⁴⁹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Administrativo*, 171.

¹⁵⁰ María Zambonino Pulito, *Apuntes de Derecho Administrativo I. I* (Cádiz: Universidad de Cádiz, 2014), 1., en <http://www.derecho-administrativo.com/2014/07/clasificacion-potestades-administrativas.html>

2.- De supremacía especial. Las potestades de supremacía especial se otorgan a la Administración para reforzar su posición y, por tanto, también su poder ante situaciones que presuponen una vinculación más estrecha con determinados administrados que se denominan administrados cualificados, es decir, que en virtud de un acto previo (...) han accedido a una situación de especial sujeción respecto de la Administración.¹⁵¹

En el caso de los proveedores del Estado, en el Ecuador se sujetan al ordenamiento jurídico que sobre esta materia se dicte y los organismos públicos competentes.

e) Por la forma de atribución de la potestad.

1.- Expresas o implícitas. Explícitas son aquellas que han sido otorgadas expresamente por el ordenamiento jurídico. Implícitas son aquellas que aunque el ordenamiento no las haya atribuido expresamente se entiende que la Administración debe poder ejercerlas para poder ejercer sus funciones o prestar sus servicios públicos.¹⁵²

Como bien se ha señalado la norma establece disposiciones de carácter general sin llegar a establecer a detalle los procedimientos administrativos que los organismos públicos deben emprender para su funcionamiento, por lo que habrá aspectos no previstos en las normas, los cuales se pueden considerar como implícitos, así por ejemplo la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, de explícitamente es la encargada de: a) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar la infraestructura de los sistemas para la captación, conducción, producción, distribución y comercialización de agua potable; la recolección y conducción de aguas lluvia; y, la recolección, conducción y tratamiento de aguas servidas., de conformidad a la Ordenanza Metropolitana 309 de 16 de abril de 2010, dicha Ordenanza no establece que para el cobro de los servicios que brinda dicha Empresa, ésta se encargará de generar comprobantes de pago con el valor que cada habitante de Quito debe cancelar por el servicio recibido, sin embargo esta acción es indispensable para que dicha Empresa reciba la contraprestación respectiva y pueda operar.

2.- Específicas y por cláusulas generales. Las primeras delimitan muy precisamente los objetivos. Las potestades específicas se refieren a que se debe constituir un poder concreto y determinado, limitado y tasado. Toda potestad

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Rolando Pantoja Bauzá, *El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994), 147.

atribuida por la Ley, ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto, debiendo la norma especificar con el mayor grado posible de detalle, los poderes o facultades en que esta consiste. Por el contrario, las segundas se contienen en cláusulas generales, siendo totalmente ilimitadas las facultades otorgadas en las mismas a la administración.¹⁵³

En contratación pública la Disposición General Cuarta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, dispone que las normas complementarias de dicho Reglamento serán aprobadas por el Director del Servicio Nacional de Contratación Pública- SERCOP, mediante resoluciones, por lo tanto mediante Resolución el Director podrá referirse a cualquier aspecto establecido en el Reglamento, sin embargo esas resoluciones deberían guardar concordancia con el Reglamento, lo que no siempre sucede como el caso del procedimiento de menor cuantía de bienes y servicios, puesto a colación en líneas anteriores.

3.- Regladas y discrecionales. La reglada constriñe a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar la consecuencia que también ha previsto la ley, aunque ello no quiere decir que desaparezca por completo la interpretación administrativa que ineludiblemente puede conllevar determinadas valoraciones. En la discrecional la Administración goza de un margen más amplio de apreciación, que le permite optar entre diferentes alternativas, todas ellas igualmente legítimas.¹⁵⁴

La actuación de la Administración Pública, estará regida por las disposiciones legales y los servidores competentes de resolver un hecho, deberán analizar las alternativas legales presentadas y optar por una que dependiendo el hecho podrá favorecer al administrado o a la administración.

De las potestades anteriormente mencionadas daremos mayor atención a la potestad sancionadora, a fin de contar con mayores elementos antes de su análisis en el Capítulo II.

Tradicionalmente la punición o aplicación de sanciones a los particulares era competencia exclusiva de los órganos judiciales. No fue hasta el siglo XVIII que surge la potestad sancionadora en manos de la Administración Pública como parte esencial de la actividad de Policía Administrativa. En base a ello el Estado tiene el poder de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. Desde entonces ha

¹⁵³ Eloísa Pérez Andrés, *Derecho Administrativo I* (España: Edición Electrónica, 2014), 12, <https://www.academia.edu/5597261/TEMA_8_FTOS>.

¹⁵⁴ Víctor Manteca Valdelande, *Las potestades administrativas: régimen general*; y María Zambonino Pulito, *Apuntes de Derecho Administrativo*.

quedado claro las diferencias entre las infracciones penales y las administrativas, las primeras sancionables por los tribunales de justicia mientras que las segundas, por la Administración.¹⁵⁵

Lo primero que destacaremos es que esta potestad es relativamente nueva y nace con el objetivo de garantizar el orden público, o como el mecanismo mediante el cual el Estado obliga a la sociedad a mantener u observar principios de convivencia y respeto al ordenamiento jurídico, por lo tanto su vulneración o inobservancia acarreará sanciones de carácter Administrativo y Judiciales de ser el caso.

Así lo señala el tratadista Miguel Marienhoff, en su obra, *Tratado de Derecho Administrativo*: “No basta dotar a la Administración de la facultad de comprobar las faltas de un particular, es necesario conferirle medios para reprimir esas faltas, lo que se logra mediante la potestad sancionadora.”¹⁵⁶

De esta afirmación colegiremos que la aplicación de la potestad sancionadora tiene dos momentos, el primero relacionado a la obligación de la Administración Pública de comprobar la falta cometida y el segundo a la aplicación misma de la sanción en mérito de la comprobación antes referida.

El autor Miguel Ángel Bercaitz, en su obra *Teoría general de los contratos administrativos, señala que*: “(...) es lógico que correlativo al poder de control y dirección que poseen los órganos administrativos en la ejecución de sus políticas es su poder de sancionar, derivado de la superioridad jurídica que posee la Administración Pública frente a los particulares y demás entes privados.”¹⁵⁷

Este concepto ubica a la potestad sancionadora dentro de las clasificaciones citadas, esta es según el grado de disponibilidad para incidir en la esfera jurídica de los administrados, y dentro de ésta la de supremacía general, por tanto la potestad sancionadora formaría parte de ésta clasificación, pues el Estado por su poder puede imponerse ante los administrados.

Por su parte Enrique Linde Paniagua justifica esta potestad considerando que:

¹⁵⁵ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El derecho Disciplinario como una Especie del Derecho Sancionador, con varias Manifestaciones Diferenciadas de uno y otro* (Colombia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2010), 151-160.

¹⁵⁶ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A* (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1983), 410.

¹⁵⁷ Miguel A. Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980), 415-416.

“(…) toda comunidad política para su correcto funcionamiento exige que sus integrantes cumplan con sus obligaciones y, en consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones por los miembros de una comunidad debe permitir que esta reaccione, advirtiendo, corrigiendo o reprendiendo al incumplidor, al que pudiera llegar a imponer sanciones”.¹⁵⁸

De mi punto de vista la potestad sancionadora es consecuencia lógica de la natural prevención del Estado ante la posibilidad real de incumplimiento de las normas administrativas, ante la cual, debe existir una jurisdicción, diferente a la civil y penal, que sepa dar respuesta a la misma. Esta potestad, como campo de competencia diferente al penal, admite que un sujeto pueda ser sancionado administrativamente y si su infracción trascendió de forma alguna al campo penal, pues ser sancionado por los Tribunales de Justicia Penal, primicia que guarda relación con el principio *non bis in idem*, que será analizado más adelante.

Se puede añadir que la potestad sancionadora de la Administración Pública tiene dos vías, una, cuya aplicación rige para los servidores públicos que desempeñan sus funciones al interior de cualquier de los organismos que hacen parte de la organización del Estado ecuatoriano y otra para los administrados, quienes por acción u omisión vulneren el ordenamiento jurídico dictado para una materia, en nuestro caso la potestad sancionadora se ejercerá sobre servidores públicos, proveedores, oferentes y contratistas del Estado que no hayan dado debido cumplimiento a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación, disposiciones del SERCOP, etc.

¹⁵⁸ Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 294.

Capítulo segundo

Naturaleza y alcance de la potestad sancionadora de la administración pública

Como bien se señaló en el capítulo anterior la potestad sancionadora permite a los órganos de la Administración Pública, iniciar procesos administrativos sancionadores en contra de los administrados o servidores públicos, que por acción u omisión inobservaron las disposiciones legales que rigen a la Administración Pública o a los administrados. La potestad sancionadora debe ser otorgada por la Ley a los órganos antes mencionados.

Si bien en la actualidad dicha potestad se encuentra plenamente reconocida para la Administración Pública, no siempre fue así, pues se consideraba que la potestad sancionadora debe corresponder en principio únicamente a los Tribunales de Justicia, lo que conlleva a un cuestionamiento de la legitimidad de esta potestad.

2.1 Legitimidad de la potestad sancionadora

En este subtítulo se busca analizar de qué manera la potestad sancionadora de la Administración Pública se vuelve legítima, considerando que no siempre fue aceptada o reconocida como lo es en la actualidad.

Santiago Muñoz Machado, en su obra *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público* señala que “la cuestión radica en el reconocimiento a la Administración Pública de un poder de reprimir conductas ilegales, adoptando decisiones aflictivas contra los responsables de las mismas.”¹⁵⁹.

Conlleva a que el Estado, reconozca a la Administración Pública la potestad de sancionar a quienes cometan actos ilegales y decida sobre la aplicación de una sanción, a fin de no dejar esos actos ilegales en la impunidad.

Para el autor Alejandro Nieto la legitimidad de la potestad sancionadora siempre ha sido controvertida pues “tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: *la potestad administrativa*

¹⁵⁹ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, (Madrid: Isustel, 2011), 936.

*sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico ius puniendi^b del Estado”.*¹⁶⁰

Por razones pragmáticas que favorecieron el nacimiento en nuestro de la potestad sancionadora de la Administración, su construcción ha descansado en técnicas poco depuradas en relación a las que tiene el Derecho Penal.

Sin embargo para Muñoz, la situación se resuelve en virtud a las disposiciones constitucionales, señalando: “De tan común ha sido tradicionalmente esta potestad sancionadora entre nosotros, que ha derivado que la propia Constitución la reconozca expresamente [...]”¹⁶¹.

Situación nada alejada a la realidad de nuestro país, considerando que los artículos 76, 77; y, 212 de la Constitución de República del Ecuador prevén la existencia de sanciones administrativas, disponiendo:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

La inclusión de éstas disposiciones para M. Colmeiro, se justifican en tanto y cuanto la Administración “no podría funcionar independientemente [...] si no tuviera

^b El Derecho Penal subjetivo se identifica con el ius puniendi, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El ius puniendi sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena. En (<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=998>)

¹⁶⁰ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Editorial Tecnos, Quinta Edición, 2012), 46.

¹⁶¹ *Ibíd.*, 937.

ninguna potestad coercitiva”¹⁶², pero conservará siempre “su modesta naturaleza y función vicarial”.¹⁶³

Este concepto busca legitimar a la potestad sancionadora como una necesidad de la Administración Pública, para que se observe lo que ésta regula, sin que ello implique que el órgano competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador se ubique por encima de cualquier otro organismo sino que mantiene su posición vertical.

Tomás Font i Llovet, citado por Félix Plasencia Sánchez, en su obra *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, a propósito del resarcimiento del daño causado al dominio público, señala que:

[...] la necesidad de proteger los bienes públicos, además de constituir uno de los fundamentos primordiales de la atribución de la potestad sancionada a la Administración en el ámbito de dominio público, determina a existencia de una conexión entre la potestad sancionadora y policía y conservación del dominio público [...].”¹⁶⁴

La potestad sancionadora se ve legitimada desde la obligación de la Administración Pública de velar por la conservación y buen uso de los bienes de dominio público, para que el caso de su daño y pérdida, el responsable luego de un proceso reponga el bien a su estado original.

Otro argumento que legitima la potestad sancionadora de la Administración Pública, es “que no se puede encargar al orden jurisdiccional penal la represión de la totalidad de las infracciones de la legalidad”.¹⁶⁵

Entonces es necesario otorgarle a la Administración Pública, la posibilidad de establecer sanciones y llevar adelante un proceso sancionador por fuera de la jurisdicción penal, con el ánimo creo yo de no saturarla y permitir a la Administración Pública sancionar a quienes violenten sus disposiciones.

Desde mi punto de vista aquello que pone fin a la discusión de si la potestad sancionadora rompe el monopolio judicial es lo que manifiesta Santiago Muñoz:

(...) el sistema sancionador administrativo no supone una ruptura del monopolio de los jueces y tribunales para decidir sobre la punición de determinadas conductas. Todas las decisiones sancionadoras administrativas están sometidas a un control pleno y, en materia sancionadora, es posible

¹⁶² Ibídem, 940.

¹⁶³ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 161.

¹⁶⁴ Font i Llovet, 80 y 81, en Félix Plasencia Sánchez *Manual de Derecho Administrativo*, (Pamplona, Aranzadi, Tercera Edición, 2013), 144.

¹⁶⁵ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 958.

desarrollar ante el tribunal una prueba completa de los hechos y un debate tan riguroso y profundo como pueda hacerse en el marco de un proceso penal.¹⁶⁶

Puede concluirse, que la histórica discusión sobre la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración y su diferencia cualitativa con la punitiva penal, carece hoy de mayor interés tras el reconocimiento constitucional de la cuestión. El estudio y debate doctrinal y jurisprudencial se centra pues, más que en discutir estas cuestiones, en los límites y principios que deben enmarcar su ejercicio.

Sobre el alcance de la potestad sancionadora, luego de su reconocimiento expreso, para Alejandro Nieto “cabían varias opciones estructurales: o bien otorgarle una naturaleza autónoma (es decir, que fuera la propia Administración la que determinase su alcance y contenido) o bien vincularla al Poder superior, en este caso el Legislativo, de tal manera que la Ley se reservara el establecimiento de su contenido y límites [...]”¹⁶⁷.

Finalmente la potestad sancionadora fue vinculada al poder legislativo, por lo que el alcance de ésta potestad dependerá siempre del legislador, quien deberá establecer una clara distancia e identificación de la potestad punitiva del Estado penal y administrativa, que si bien pueden estar basadas en los mismos principios se deben identificar sus diferencias, por lo tanto el poder legislativo será el responsable de delimitar los “dominios de una y otra”¹⁶⁸, como órgano de expresión de la voluntad del soberano, dicha responsabilidad se ejercerá con ciertos límites:

a) no puede atribuir al poder sancionador administrativo la imposición de penas privativas de libertad (artículo 25.3 CE); b) no puede atribuir a las penas penales una función distinta de la que le asigna el artículo 25.2 CE, de modo que deben orientarse a la reinserción del condenado; no tiene esta misma función las sanciones sino, primordialmente, la de asegurar el cumplimiento de regulaciones de interés general; c) dada la mayor relevancia social del proceso y las penas penales, y su carácter público y aflictivo de otros derechos personales que quedan afectados complementariamente, aunque no se refiere a ellos la pena (...) deben tipificarse como delitos y enjuiciarse penalmente las conductas que merezcan mayor reproche social; d) considerando el carácter fragmentario del Derecho Penal frente al Derecho sancionador, que procura asegurar de modo sistemático el cumplimiento de regulaciones que ordenan sectores completos de la actividad económica o social (sanidad, seguridad social, trabajo, espectáculos, toros, juego, telecomunicaciones, energía, mercados financieros, etc.), deben configurarse como infracciones administrativas las vulneraciones de dichas normas, etc.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 951.

¹⁶⁷ Ibídem, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 161.

¹⁶⁸ Ibídem 943.

¹⁶⁹ Ibídem 948.

El primer límite señalado por Nieto, es recogido por nuestra legislación en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el artículo 196, que analizaremos más adelante.

Por todo lo expuesto se concluye que para que la Administración Pública pueda ejercer la potestad sancionadora, la conducta debe estar regulada como infracción administrativa, en relación con el principio de legalidad, aplicada a la rama puntual del Derecho Administrativo.

En el marco del estudio de la naturaleza y alcance de la potestad sancionadora es necesario dedicarnos a la exposición de los principios que la rigen.

2.1.1 Principios de la potestad sancionadora

Previo al exposición de los principios de la potestad sancionadora, vale señalar que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado [...]”.¹⁷⁰

Es decir no es factible asumir todos los principios que rigen el Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador, pues ello significaría dentro de un Estado existen dos ramas del Derecho que rigen distintos ámbitos de la misma manera, por ello acogemos lo dicho por Alejandro Nieto, y se reconoce que solo ciertos principios que rigen el Derecho Penal, también rigen en el Derecho Administrativo Sancionador.

En el derecho Español, los principios de la potestad sancionadora se encuentran debidamente reconocidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponiendo así en sus artículos del 127, al 138 los siguientes principios de la potestad sancionadora, de las cuales citaremos las más importantes:

Artículo 127. Principio de legalidad. La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título

¹⁷⁰ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 985.

y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Artículo 129. Principio de tipicidad. 1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Artículo 130. Responsabilidad. 1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. 2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente. 3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

Artículo 131. Principio de proporcionalidad. 1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar,

directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Artículo 133. Concurrencia de sanciones. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. Artículo 138. Resolución. 1. La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente. 2. En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. 3. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

En el caso del Ecuador los principios de la potestad sancionadora se encuentran previstos en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, norma de aplicación y observancia obligatoria para los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva, y de manera supletoria para las personas jurídicas del sector público autónomos cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, así como otros criterios respecto de éstos.

2.1.1.1 Principio de Legalidad

En páginas anteriores se ha señalado que la potestad sancionadora debe ser otorgada por Ley y por ende los organismos de la Administración Pública que la ostentan deberán regirse a ella.

Para Jaime Ossa, “el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes”¹⁷¹, precepto plenamente recogido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

Históricamente este principio toma especial relevancia “en la época de Montesquieu y Rousseau como fruto de los esfuerzos políticos y jurídicos que se emprendieron para luchar contra la arbitrariedad de los sistema imperantes.”¹⁷², lucha que se ve reconocida con el reconocimiento del principio *nulla poena sine lege*^d

El mismo principio “*nulla poena sine lege*” para Jaime Ossa, es la columna vertebral del ordenamiento sancionador del Estado, aunque “a comienzos del siglo algunos autores creyeron que el postulado de *nulla poena sine lege* sólo tenía operancia efectiva, privativa y única en el área criminal.” “(...) Pero los jus literatos modernos han tornado más escrupulosa la aplicación del principio y exigen con mayor dureza sus observancia en todos los rincones gubernamentales.”¹⁷³

Por lo tanto se ratifica que la potestad sancionadora de la Administración Pública, deberá estar contenida previamente en la Ley como garantía para los administrados que los servidores que integran los organismos estatales actúen con competencia conforme le ley que regule su accionar.

Con el principio legalidad se vinculan el principio del debido proceso, el principio de debido procedimiento, el principio del derecho a la defensa y el derecho de la presunción de inocencia.

^d [...] comprende una doble garantía, formal y material. La garantía formal consiste en la reserva de ley...Por lo tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento solo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley. La garantía material, resultante del principio de legalidad, se concreta en otro principio derivado del mismo que es el de tipicidad.

¹⁷¹ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009), 187.

¹⁷² Ibídem 187.

¹⁷³ Ibídem 278.

El principio del debido proceso, que consiste en la aplicación del principio de legalidad, el principio del debido procedimiento que “es la adaptación del postulado de legalidad en los trámites administrativos[...]”; el principio del derecho a la defensa, que es parte integrante del debido proceso, permite a la o las personas a quienes se les impute de un hecho que configura una infracción, tiene la posibilidad de ser escuchado, presentar sus debidos descargos e impugnar los hechos que se le atribuyen; y, el derecho de la presunción de inocencia que “expresa la garantía constitucional consistente en que aquel a quien se le acusa de haber cometido un delito deberá ser tenido por inocente [...]” “[...]hasta tanto la administración demuestre la comisión de una infracción imputable al encartado [...]”¹⁷⁴. “La presunción de inocencia prohíbe que se imponga una sanción sin pruebas incriminatorias [...]”¹⁷⁵

Los principios citados permiten o garantizan al administrado o servidor público sujeto a un proceso sancionador de que éste se desarrolló a través de acatamiento de la norma y un procedimiento claro; brinda la oportunidad a procesado de exponer sus argumentos o pruebas a su favor y rechazar los hechos que se le imputan; y, que hasta la finalización del proceso se lo considere inocente, lo que le permitirá gozar de sus derechos,

Para la autora Lucías Alarcón, citada por su Santiago Muñoz en su obra *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, el principio de presunción de inocencia debe desenvolverse de la siguiente manera:

Es preciso que exista una prueba a cargo para el sancionador.

La prueba incriminatoria tiene que ser suficiente.

Y tiene que ser también válida, para lo cual es preciso que sea lícita, es decir que se haya obtenido sin vulnerar ningún derecho fundamental del inculcado, y que se hayan observado las garantías formales previstas para el efecto.

La carga de probar corresponde a la Administración.

La libre valoración de las pruebas practicables ha de ser racional y razonada.¹⁷⁶

Lo manifestado por Alarcón en la Administración Pública para que sean preceptos de cumplimiento obligatorio, deberá estar contenido en una Ley que precise las obligaciones de la Administración Pública en lo que a la prueba se refiera, o en su defecto previstos en los tratados o instrumentos internacionales cuyas

¹⁷⁴ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 249 y 250.

¹⁷⁵ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 980.

¹⁷⁶ *Ibíd*em 980.

disposiciones se vuelven vinculantes para los países suscriptores y los aprobados por la Asamblea Nacional, como lo veremos más adelante.

En cuanto al principio del derecho a la legítima defensa Agustín Gordillo señala: “Cualquier estudiante de derecho o de administración,-trayendo a Wade-, estará de acuerdo en el derecho de ser oído cuando se va a tomar una decisión judicial (administrativa). “No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera...”¹⁷⁷

Resolver un hecho sin la exposición de la versión del acusado, significaría resolverlo sin los suficientes argumentos, conocimiento y comprobación de la responsabilidad y materialidad de éste, la Administración Pública por ende rompería aquello que el Derecho busca que es la justicia.

La obligación de la Administración Pública de la observancia del principio de legalidad nos remonta al año 1789 en el cual mediante la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se establece:

Artículo. 5.- “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.”¹⁷⁸

Años más tarde en 1945, 1948 y 1966, se promulgan instrumentos internacionales que buscan fortalecer y reconocer la dignidad del ser humana, desprendiendo a la Administración Pública toda intención de ejercer el poder de manera arbitraria y abusiva.

El magistrado Francisco Díaz Fraile, en su obra *Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, considera que dentro de la temática central de su obra concierne el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, el cual dentro de su preámbulo invoca a la Carta de Naciones Unidas de 1945 y a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 “recordando que con arreglo a las mismas la libertad, a justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...).”¹⁷⁹

¹⁷⁷ Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, T. III, “El Acto Administrativo”, (Buenos Aires: Ediciones Macchi-Alsina, 1979), 65 en Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009), 219.

¹⁷⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹⁷⁹ Francisco Díaz Fraile, *Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), 65.

El Ecuador conforme las disposiciones de la Constitución de la República, faculta a la Administración Pública la aplicación de instrumentos internacionales, y reconoce como su deber primordial “**g**arantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)”.¹⁸⁰

En concordancia con lo analizado los artículos 4, 192, 200, y 202 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, disponen:

Art. 4.- Principios y sistemas reguladores.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa.¹⁸¹

Art. 192.- Principio de legalidad.-

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma.

2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal. (...)

De manera reiterada se ha hecho énfasis en que la potestad sancionadora debe estar debidamente reconocida hacia un organismo público en la Ley, caso contrario ese organismos actuaría sin competencias y sus resoluciones estarían viciadas de nulidad.

Art. 200.- Derechos del presunto responsable.- Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

El artículo 200 no solo prevé la obligación de la Administración Pública de notificar al presunto responsable los hechos que se le imputan sino además señala que deberá contener dicha notificación, garantizando o permitiendo de esta manera que el presunto infractor pueda presentar sus alegaciones.

¹⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador, [2008], tít. I “Elementos Constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, Registro Oficial, No. 449, art. 3

¹⁸¹ ERJAFE, art. 4.

Art. 202.- Presunción de inocencia.-

1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.
2. Los hechos declarados y probados por resoluciones judiciales penales firmes deberán ser considerados por la Administración Pública Central respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.
3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.
4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

2.1.1.2 El principio de antijuridicidad

Radica principalmente en la “lesión efectiva o en la puesta en peligro de algún bien jurídico protegido. No es necesario, por tano que la lesión se consume. Hay infracciones que implican la lesión y otras que suponen simplemente la puesta en peligro.”¹⁸²

Para la aplicación de la potestad sancionadora el hecho o acción ejecutada por el administrador o el servidor público debe ser legalmente reprochable, debe causar o intentar causar perjuicio a la Administración como tal o los bienes y personas precautelados por ella.

La antijuridicidad es formal y material, “la primera implica la conculcación de una norma o acto normativo y la segunda” “...supone la ofensa a un bien jurídico protegido, lesionándolo efectivamente o poniéndolo en peligro en el sentido dicho.”¹⁸³

Por lo tanto la acción debe estar prevista en la norma pues se considera que su ejecución ocasionaría daño y por ello debe ser reprimida o sancionada, a fin de generar en el individuo la conciencia de que no puede actuar de manera tal que dicha actuación lesione el orden jurídico que rige a la Administración Pública.

2.1.1.3 El principio de razonabilidad

Este principio consiste en que “toda resolución gubernamental tenga un sustento verdaderamente razonable como sucede con las de los jueces judiciales. Si ello no fuera así, las administraciones tendrían el campo abierto a la arbitrariedad y a

¹⁸² Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 972.

¹⁸³ *Ibíd*em 972.

la alteración de los valores de la simple lógica, del buen sentido, del derecho y la equidad.”¹⁸⁴

Este principio guarda estrecha relación con la potestad discrecional de la Administración Pública analizada en el capítulo primero del presente trabajo, en donde decíamos que las decisiones de las autoridades o servidores públicos competentes en resolver un caso no pueden ser establecidas de manera arbitraria si no que se acogerán a que razonablemente es la mejor realizando para ello un análisis de los considerandos de hecho y de derecho presentados y expuestos de manera previa dentro del proceso.

2.1.1.4 Principio de proporcionalidad

Como bien se había señalado en el Capítulo I del presente trabajo, el principio de proporcionalidad adquiere especial relevancia en el ejercicio de la potestad sancionadora, pues es el que permita que la sanción aplicable sea proporcional al acto que se imputa.

Para Juan Zornoza, citado por Alejandro Nieto, éste principio tiene una doble funcionalidad, puede ser utilizado en primer lugar:

como criterio para la selección de los comportamientos antijurídicos merecedores de la tipificación como infracción quede reservada para aquellos supuestos en que el restablecimiento del orden jurídico alterado por el comportamiento ilícito no puede ser realizado por otros medios[...] y, además [...] como límite a la actividad administrativa de determinación de las sanciones, sin que por tanto exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actividad vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción.”¹⁸⁵

En el campo de la potestad sancionadora, no cabe duda que la autoridad competente para resolver la imposición de una sanción, debe hacerlo considerando que ésta debe guardar absoluta coherencia con el acto cometido, lo cual de manera indirecta tendrá un efecto reparador del daño causado por lo tanto a mayor gravedad de acción cometida mayor su sanción y viceversa, aunque resulte obvio bastaría que durante fase de tipificación de los hechos que constituyen un gravamen y la indicación clara de la sanción a recibir se observe este principio, sin embargo en muchos casos la imposición de la sanción puede quedar a discreción de la autoridad

¹⁸⁴ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009), 269.

¹⁸⁵ Juan Zornoza (1992, 111) en Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Editorial Tecnos, Quinta Edición, 2012), 514.

por lo que como bien señalaba Ossa, la proporcionalidad será el límite de actuación de toda autoridad administrativa sancionadora.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prevé en el artículo 196, lo siguiente:

Art. 196.- Principio de proporcionalidad

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.
2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:
 - a) La existencia de intencionalidad o reiteración;
 - b) La naturaleza de los perjuicios causados; y,
 - c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

En el numeral 1 del artículo 196, vemos reflejado uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración Pública al que Alejandro Nieto hacía referencia, lo que nos permite afirmar que en el Ecuador se podrán establecer sanciones administrativas que en ningún caso impliquen la privación de la libertad de un individuo.

Por su parte lo previsto en los literales a, b y c del artículo 2 y el mismo artículo 2 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se establece de manera categórica que circunstancias deben presentarse para establecer una sanción, teniendo entonces la autoridad o servidor público competente acudir al principio de razonabilidad anteriormente expuesto y verificar entre otras cosas:

La gravedad del incumplimiento de las obligaciones, negligencia, el daño producido, si el hecho fue remediado diligentemente, el perjuicio causado a la Administración Pública; y, la reincidencia en la comisión del incumplimiento.

En la legislación del País Vasco en el artículo 11.1 de la Ley 2/198 de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, citada por Alejandro Nieto se prevé:

Artículo 11.- Determinación de las sanciones y decomiso

Las normas configuradoras de los distintos regímenes sancionadores fijarán las sanciones que correspondan a cada infracción o categoría de infracciones, en atención al principio de proporcionalidad, considerando tanto la gravedad y

naturaleza de las infracciones como las peculiaridades y finalidad de la regulación material sectorial de que se trate, y procurando que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.¹⁸⁶

La Ley 2/198 fija el rumbo o consideraciones previas que el Legislador o la autoridad competente debe tomar en cuenta para normar y establecer disposiciones en el régimen sancionador, precautelar que la sanción impuesta genere en el infractor un desaliento o aprensión de cometer la infracción, caso contrario la reincidencia es un panorama muy probable, debe para fijar la sanción valor el daño causado y que dicha sanción procure su reparación, considerando que el daño no se lo provoca a un funcionario si no a lo que este represente que es la sociedad entera.

2.1.1.5 Principio de irretroactividad

El principio de irretroactividad de la ley a lo largo de los años ha sido universalmente aceptado, por lo tanto en el ámbito de la potestad sancionadora, las leyes se aplicaran para el futuro, es decir que tienen validez para los hechos que acontezcan en el futuro, en el Ecuador las leyes rigen desde su publicación en el Registro Oficial, conforme el artículo 6 del Código Civil que prescribe:

Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.

Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.

En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados el artículo 324 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establece:

Art. 324.- Promulgación y publicación.- El ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado, publicará todas las normas aprobadas en su gaceta oficial y en el dominio web de la institución; si se tratase de normas de carácter tributario, además, las promulgará y remitirá para su publicación en el Registro Oficial. Posterior a su promulgación, remitirá en archivo digital las gacetas oficiales a la Asamblea Nacional. El Presidente de la Asamblea Nacional dispondrá la creación de un archivo digital y un banco nacional de información de público acceso que contengan las normativas locales de los gobiernos autónomos descentralizados con fines de información, registro y codificación.

Por su parte la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su artículo 7 dispone:

¹⁸⁶Comunidad Autónoma del País Vasco : Ley 2/198 de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas.

Art. 7.- Difusión de la Información Pública.- Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria:

d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;

Por lo tanto la norma puede ser aplicada únicamente cuando la ciudadanía la conozca, lo cual se efectiviza con su publicación; en contratación pública la vigencia de las Resoluciones que emite el SERCOP, ha sido desde la fecha de su suscripción, como de manera reiterada se señala en la “Disposición Final” de las más de 100 Resoluciones expedidas desde el 2008, con especial peculiaridad que con el paso de los años ya no se hace constar que las resoluciones entrarán en vigencia desde la fecha de su suscripción sin perjuicio de su publicación el Registro Oficial, sino únicamente se indica que entrarán en vigencia desde la fecha de su suscripción sin perjuicio de su publicación en el portal de compras públicas, hecho que de la revisión a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no me fue factible encontrar su sustento.

No obstante de la completa aceptación del principio de irretroactividad de la norma sancionadora la aplicación de la potestad sancionadora prevé la retroactividad de las normas sancionadoras favorables.

Alejandro Nieto cita el artículo 4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (Vigente hasta el 02 de Octubre de 2016). (REPEPOS) que expresa:

Artículo 4 Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas

1. Sólo se podrán sancionar infracciones consumadas y respecto de conductas y hechos constitutivos de infracciones administrativas delimitadas por Ley anterior a su comisión y, en su caso, graduadas por las disposiciones reglamentarias de desarrollo.

Las disposiciones sancionadoras no se aplicarán con efecto retroactivo, salvo cuando favorezcan al presunto infractor.

En el Código Integral Penal, lo previsto en la legislación española está concebido como el principio de favorabilidad que dice:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.¹⁸⁷

Mientras que de manera expresa el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone en el artículo 193:

Art. 193.- Irretroactividad.-

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Si bien nuestra legislación reconoce el efecto retroactivo de las disposiciones sancionadoras, desde mi punto de vista sancionador a un infractor con una sanción más favorable, podría ocasionar un desbalance en el propósito de la Administración Pública de establecer una sanción conforme o en proporción la infracción cometida o al contrario la existencia de otra sanción favorable es fruto o producto de un análisis de que la sanción anterior no cumplía con el principio de proporcionalidad, debiendo por lo tanto inclinarme a esta última circunstancia.

Para Jaime Ossa “la favorabilidad incursiona en el campo sancionatorio de la administración en forma tal que aquella no es solo privilegio del ámbito penal, sino que abarca toda el área punitiva del Estado.”¹⁸⁸

Lo manifestado por Jaime Ossa, se ve plenamente reflejado con los artículos del Código Integral Penal y el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativa de la Función Ejecutiva, antes citados, es decir que la favorabilidad no se reconoce únicamente en el derecho penal sino también en el derecho administrativo sancionador pues ambos se encuentran en la esfera punitiva.

2.1.1.7 Principio de culpabilidad

Mucho se discute respecto a su aplicación en el campo del derecho administrativo sancionador ya que no se ha previsto formalmente, situación que no

¹⁸⁷ Ecuador: Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art.5. En adelante se cita este Código como COIP.

¹⁸⁸ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 305.

se pretende pues “la constitución en ninguna parte proclama el principio de la voluntariedad en la comisión de ilícitos [...]”, sin embargo como bien señalan los autores Juan Zornoza y Hugo López López, “del principio de culpabilidad es posible extraer cuatro exigencias o subprincipios que deben ser respetados por la normativa reguladora de las infracciones administrativas: exigencia de dolo o culpa; personalidad de las sanciones; atribuciones de la conducta al autor o culpabilidad en sentido estricto; y por último, exigencia de responsabilidad por el hecho.”¹⁸⁹

De lo manifestado por los autores Juan Zornoza y Hugo López López, concluimos que le corresponde a la Administración Pública la comprobación durante el proceso administrativo sancionador que existe dolo o culpa, que esa intención de hacer daño o la falta de adopción de medidas que hubieran prevenido la producción de los hechos punitivos se le atribuyan a la persona y por ende se vuelva responsable de los mismos, aunque esa culpa no se la expresa el proceso de comprobación lo evidenciará.

El principio de culpabilidad para el autor Eduardo Cordero parte del entendido de que “la comisión de un hecho tipificado como contravencional genera responsabilidad a su autor en la medida en que sea atribuirle a título de culpa o dolo”¹⁹⁰, en otras palabras no se puede imponer una sanción “sino al infractor que ha actuado de forma dolosa o culposa”.¹⁹¹

Si la Administración Pública no ubica o reconoce al culpable de la infracción, no podrá bajo ningún concepto impulsar un proceso administrativo sancionador y sobre todo si no logra comprobar y determinar que su actuación fue dolosa o culposa, esta tarea se esgrimirá durante la fase probatoria.

Es importante aclarar que si bien dentro del proceso administrativo sancionador se debe observar el principio de inocencia, le corresponde a la Administración encontrar los elementos probatorias suficientes y motivar el establecimiento de sanciones. Según Eduardo Cordero Quinzacara:

Si aceptamos la culpabilidad como un principio del Derecho administrativo sancionador, es posible afirmar importantes consecuencias:

¹⁸⁹ Juan Zornoza y Hugo López López, *Las sanciones administrativas tributarias. El poder sancionador, en El Tributo y su aplicación perspectivas para el siglo XXI* (Buenos Aires: Marcial Pons de Argentina, 2008), 1954.

¹⁹⁰ *Ibíd*em 351.

¹⁹¹ Eduardo Cordero Quinzacara, *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno* en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012

- i) La responsabilidad derivada de una infracción administrativa no es objetiva, ya que exige la reprochabilidad de la conducta del sujeto, en la medida que en la situación concreta podía haberse sometido a los mandatos y prohibiciones establecidos por la norma.
- ii) La culpabilidad no sólo constituye el fundamento para la imposición de la sanción, sino que también determina su magnitud. Parafraseando una expresión propia del Derecho penal, podemos decir que la culpabilidad es la medida de la sanción. (...)
- iii) La culpabilidad exige que se pueda formular un reproche a la conducta del autor, por tal razón, la responsabilidad administrativa es personal. Así, resulta contrario a este principio que se establezcan formas de responsabilidad por el hecho ajeno o formas de imputación respecto de la conducta de terceros que no han tenido participación en los hechos constitutivos de la infracción.
- iv) Por último, también es contrario a este principio aquellas infracciones administrativas calificadas por el resultado, pues no se puede reprochar al autor la existencia de circunstancias que no ha podido prever, pero que agravan la magnitud de la sanción.¹⁹²

La responsabilidad la asume el autor del hecho punitivo, la persona que debiendo respetar el espacio público decide comercializar productos sin el debido permiso o autorización de la autoridad competente, esa persona será sancionada luego de llevarse un proceso donde la entidad competente demuestre dicho incumplimiento, o en el caso del servidor público llamado a emitir una certificación presupuestaria antes autorizar el inicio de un proceso de contratación pública y el y los servidores llamados a observar las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, continúan con el proceso sin éste documento serán solidariamente responsables y luego del respectivo proceso serán sujetos de una sanción.

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado establece el alcance de la Responsabilidad Civil Culposa, disponiéndose:

Art. 52.- Alcance.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos. La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil. Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho

¹⁹² Eduardo Cordero Quinzacara, *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno* en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012

administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, imprevención o negligencia.

Por su parte el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal dispone:

Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso.

Finalmente el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone:

Art. 195.- Responsabilidad.-

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.

2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores. (...)

Claro está que en ningún momento podremos afirmar que en el ámbito administrativo, el cometimiento de una infracción, se encuentra libre de dolo, es decir con la intención de cometer dicha infracción, partiremos de que tanto los administrados como los servidores públicos deben actuar de manera diligente caso contrario se deberá probar que esa persona o servidor no tomó las precauciones del caso para que no se produzca el daño.

2.1.1.7 Principio de Prescripción

En cuestión de derechos y obligaciones el devenir de los días o los años puede generar efectos positivos o desfavorables para los sujetos de la Administración Pública, es así que para el autor Santiago Muñoz, señala:

(...) el transcurso del tiempo produce efectos de estabilización o consolidación de situaciones de hecho que el principio de seguridad jurídica tiende a amparar. Cuando se trata de hechos constitutivos de infracciones administrativas, el ordenamiento jurídico habilita a los órganos sancionadores con competencias para actuar contra los mismos. Pero nunca lo hace de modo que la potestad sancionadora puede ejercerse sin límite temporal.¹⁹³

¹⁹³ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 1000.

Por lo tanto en toda Ley se deberá fijar el plazo o término con el que la Administración cuenta para el inicio de un proceso administrativo sancionador, entendiéndose por lo tanto que su inicio por fuera de ésta plazo o término será nulo.

Para Muñoz, la prescripción cumple algunas finalidades: “Marca el límite temporal para el ejercicio legítimo de las potestades, protege la seguridad jurídica y garantiza el mantenimiento de las situaciones de hechos establecidas.”¹⁹⁴

Un ejemplo puntual de cómo opera el principio de prescripción en el ámbito de contratación pública, es lo previsto en el artículo 100 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dice:

Art. 100.- Responsabilidad de los Consultores.- Los consultores nacionales y extranjeros son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad, dentro de los términos contractuales, las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prevé como deberá operar la prescripción en la Administración Pública Central e Institucional así como en los organismos que por falta de ley especial podrán aplicarlo supletoriamente.

Art. 197.- Prescripción.-

1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.
2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.
3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

2.1.1.1 Principio Non bis in idem

A saber de los autores Ramón Parada y Juan Carlos Cassagne, éste principio no puede perderse de vista en la aplicación de la potestad sancionadora.

¹⁹⁴ Ibídem 1001.

Juan Carlos Cassagne se refiere a éste principio como un principio de derecho natural que garantiza que “...una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho...”¹⁹⁵, en éste mismo sentido Ramón Parada, indica que “...el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos...”¹⁹⁶

En la aplicación de la potestad sancionadora la Administración Pública no debe exacerbar la condición de una persona o servidor sancionándolo dos veces por un mismo hecho pues la aplicación de la sanción administrativa en una primera ocasión pretende regresar a su estado original o revertir el daño causado, por lo que aplicar nuevamente una sanción administrativa cuando el hecho ya se encuentra reparado o subsanado evidenciaría que la Administración está actuando arbitrariamente, criterio aplicable a la esfera administrativa, pues lo que sí puede producirse es que el hecho reprochable se encuentra tipificado tanto en la norma penal como en la administrativa, situación planteada en la doctrina y la legislación ecuatoriana, tanto por Santiago Muñoz como por Jaime Ossa, y el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respectivamente.

Santiago Muñoz, plantea dos posiciones, la primera se refiere al régimen de *non bis in idem*, en su perspectiva procesal y la segunda a la vertiente *non bis in idem*. Sobre el régimen de *non bis in idem*, en su perspectiva procesal manifiesta:

“plantea la cuestión de cuál es la actitud que deben adoptar los órganos competentes cuando concurren una norma penal y otra administrativa sancionadora. Los principios aplicables, según ha reiterado la jurisprudencia, son por una parte, que la Administración no ha de tramitar el procedimiento sancionador por hechos que sean constitutivos de delito, de modo que si ya lo ha iniciado, debe suspender tan pronto como tenga conocimiento de una causa penal. Por otro lado, también tiene la Administración el deber de respetar los hechos probados que figuren en una sentencia penal firme.”¹⁹⁷

Desde mi punto de vista lo manifestado por Muñoz implicaría una obligación de la Administración Pública, abandonar la causa desde la esfera administrativa si el hecho es constitutivo de delito y respetar la sentencia que el juez penal competente haya emitido, sin embargo considero que si las sanciones son distintas es posible que el proceso penal coexista con el proceso administrativo sancionador.

¹⁹⁵ Juan Carlos Cassagne, “*Derecho Administrativo*”, (Lima: Palestra Editores SAC, 2010), 576.

¹⁹⁶ Ramón Parada, *Derecho Administrativo I*, (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A 2010), 475.

¹⁹⁷ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 956, 957.

Mientras que la vertiente del *non bis in idem* “consiste en no sufrir sucesivamente procedimientos punitivos con el mismo objeto...”¹⁹⁸, para su aplicación “la jurisprudencia exige el cumplimiento de la regla denominada de la triple identidad que requiere que el sujeto al que se pretende castigar sea el mismo, por los mismos hechos, y para proteger un mismo bien jurídico”¹⁹⁹

La vertiente enunciada permite que la Administración Pública pueda reconocer en qué circunstancias se debe aplicar o reconocerle al ciudadano o servidor este principio.

Jaime Ossa, señala que “la amplia libertad que tiene el legislador para establecer la tipificación como delitos o infracciones administrativas por violación a normas jurídicas, hace perfectamente posible que la protección de un mismo bien jurídico sea simultáneamente materia penal y administrativa, y que los hechos que se consideran vulneradores del bien protegido puedan ser considerados como delitos y como infracciones administrativas al mismo tiempo”.²⁰⁰

Ossa reconoce la posibilidad o la validez de la coexistencia de hechos considerados como delitos y como infracciones administrativas al mismo tiempo sin que ello implique una inobservancia al principio aquí analizado, partiendo de que el legislador es quien abre esa posibilidad.

Un caso concreto de lo aquí expuesto se presenta en el Distrito Metropolitano de Quito, respecto a los grafitis, así en la Ordenanza Metropolitana No. 332, de 18 de marzo de 2011, se establece:

Artículo 104.- De las contravenciones de segunda clase.- Serán reprimidos con multa de 0.5 RBUM dólares de los Estados Unidos de América quienes cometan las siguientes contravenciones:

7.- Atentar contra la mampostería o bienes que constituyeren espacio público o privado y formen parte del mobiliario urbano, perpetrando sobre ellos rayados, pintas, grafitis, ubicación de afiches en zonas no autorizadas y similares a través de toda expresión escrita de cualquier naturaleza, realizadas con cualquier tipo de spray, brocha, pincel y pinturas, o cualquier otro elemento de similares características...” “con la finalidad de preservar el ambiente, pues se consideran los rayados, pintas, grafitis y similares, no controlados como elementos no arquitectónicos que alteran la estética, la imagen del paisaje urbano (...)

Mientras que el Código Integral Penal, prevé:

¹⁹⁸ Ibídem 957

¹⁹⁹ Ibídem 945

²⁰⁰ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 954.

Art. 393.- Contravenciones de primera clase.- Será sancionado con trabajo comunitario de hasta cincuenta horas o pena privativa de libertad de uno a cinco días:

2. La persona que destruya, inutilice o menoscabe los dispositivos de control de tránsito o señalética, o dañe el ornato de la ciudad o la propiedad privada de los ciudadanos con pinturas, gráficos, frases o cualquier otra manifestación, en lugares no autorizados. En los supuestos determinados en este numeral, la persona contraventora estará obligado a la reparación por los daños ocasionados.

En este caso la Agencia Metropolitana de Control del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, podrá dar inicio al proceso administrativo sancionador y establecer la respectiva multa, mientras que el Juez de Contravenciones podrá dictaminar pena privativa de libertad u horas comunitarias.

Lo que justificaría finalmente llevar un proceso penal de la mano de un administrativo o dicho de otra manera para que exista la concurrencia de condenas penales y sanciones administrativas es que *“entre la pena y la sanción no hay identidad de fundamento. Son cualitativamente distintas.”*²⁰¹

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 198 establece:

Art. 198.- Concurrencia de sanciones.- Nadie podrá ser sancionado por un hecho que haya sido sancionado penal o administrativamente, en los casos en que exista identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Disposición normativa que simplifica la aplicación del principio *non bis in idem*, en el sentido de que si un hecho ya fue resuelto y de ello se estableció una sanción penal o administrativa la persona no podrá ser sancionada nuevamente por ninguna de las dos.

De esta manera antes de dar paso a la revisión del principio de tipicidad es importante mencionar que en la Constitución de la República del Ecuador los principios hasta aquí tratados se encuentran debidamente reconocidos en el artículo 11 que dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
(...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

²⁰¹ Ibídem 946

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

La igualdad de derechos, la aplicación de derechos y garantías reconocidos en instrumentos internacionales, la favorabilidad en la aplicación de normas y el respecto a la dignidad humana, garantizan al ciudadano que el ejercicio de la Administración Pública, está sujeto a la observancia de la Constitución de la República del Ecuador y generar en él la seguridad de que incluso si es parte de un proceso administrativo sancionador se verá asistido o resguardado frente a cualquier tipo de arbitrariedad.

La potestad sancionadora de la Administración Pública, no puede ser sinónimo de abuso, ilegalidad o arbitrariedad, las autoridades competentes de llevar un proceso administrativo sancionador se encuentran obligadas a observar las garantías previstas en la Constitución, y llegar así afirmar que el Ecuador es un Estado “constitucional de derechos y justicia, social”²⁰², caso contrario estas

^o El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece entre otras las siguientes garantías:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

garantías se convertirían en simples enunciados, situación que puede o no presentarse dependiendo del proceder de la autoridad o servidor llamado a observarlas, caso contrario la propia Administración Pública tiene la facultad de sancionarlos asegurando así que los servidores actúen sujetos a las normas.

2.2 Tipicidad

El principio de tipicidad se concibe como “una vertiente material del principio de legalidad”²⁰³, y se “considera como una fórmula que acumula las condiciones de previsión y certeza de las normas”²⁰⁴

En el Derecho Penal el principio de Tipicidad, es axiomático, no se podría concebir la aplicación de penas sin que previamente el acto cometido sea considerado como antijurídico, dicha condición es igualmente aplicable al ámbito administrativo.

Jaime Ossa manifiesta: “La legalidad se observa cuando la infracción y la sanción están previstas, en tanto que la tipicidad se complementa a través de la definición de la conducta que la ley considera constitutiva de la infracción y la sanción. La tipicidad colabora en cierta medida, a hacer la realidad la *lex certa*^f definida en la *lex previa*^g.”²⁰⁵

La tipificación de las conductas que constituyen una infracción permite al ciudadano o servidor conocer con certeza que es aquello que no debe hacer, caso contrario deberá estar dispuesto a recibir la sanción correspondiente.

Siguiendo el mismo criterio Alejandro Nieto reconoce la existencia de dos niveles, el primero relacionado al “nivel normativo” que consiste en que la norma

²⁰² Constitución de la República del Ecuador, 2008, Título I “Elementos Constitutivos del Estado”, Capítulo primero, Principios fundamentales, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008, Artículo, 1

²⁰³ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009), 963.

²⁰⁴ Alejandro Nieto, ob. Cit., p. 200 en Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, (Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009), 218.

^f La exigencia “lex certa” o mandato de determinación o taxatividad, como aspecto fundamental del principio de legalidad penal, constituye un mandato dirigido exclusivamente al legislador penal, quien tiene el deber de redactar con la mejor precisión posible la conducta delictiva, no existiendo posibilidad alguna de atribuir dicha función al operador judicial, pues -de ser así- se vulneraría flagrantemente el principio de separación de poderes toda vez que el juez penal tendría, no sólo la obligación de predeterminación normativa de conductas infractoras (función legislativa), sino también, el deber de realizar el juicio de tipicidad e imponer la sanción que corresponda (función jurisdiccional). file:///C:/Users/Paola/Downloads/jpenal005.pdf

^g La exigencia “lex praevia” o prohibición de retroactividad de la ley penal impide al juez castigar o agravar la punición del agente por la comisión de nuevos delitos o recientes supuestos agravados, de aquí que la ley penal sólo tenga efectos para aquellos hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia y no para hechos ocurridos con antelación. Debemos tener presente que la norma penal tiene como fundamento motivar la conducta del autor, por lo que es necesario que éste previamente tenga conocimiento de la ley a efectos que pueda advertir el carácter delictivo de su conducta y, así, tener la oportunidad de actuar de manera distinta. Por tanto, no cabe duda que ello sólo podrá hacerlo una ley preexistente a la decisión del autor. file:///C:/Users/Paola/Downloads/jpenal008.pdf

²⁰⁵ Ibídem, 218, 219.

describa con claridad los elementos esenciales de un hecho, luego se presenta “la fase de aplicación de la norma”, en la cual el hecho imputado corresponda exactamente al descrito en la norma, sin embargo el mismo autor indica que “resulta materialmente imposible describir en la norma con absoluta precisión los hechos declarados infracción”, por lo que será el operador de justicia quien decide si procede o no “la subsunción de los hechos reales en el tipo normativo abstracto.”²⁰⁶

Nuevamente la potestad discrecional es la que deberá aplicarse dentro de la potestad sancionadora, pues como bien señala Nieto y como bien dentro de este trabajo se ha dicho, no encontraremos en la norma de manera detallada la conducta si no que será hará una estipulación general útil sí, pero en ningún caso exacta; y, la autoridad encargada de aplicar la sanción deberá analizar como los hechos ocurridos se ajustan a la norma, esto como un segundo nivel siendo indispensable el primero que es la existencia de una norma que recoja las conductas antijurídicas.

Con la finalidad de profundizar el análisis de éste principio plantearemos algunas interrogantes.

¿En qué momento inicia el proceso de tipificación?; ¿Qué es lo pretende la tipicidad?; ¿Quiénes aplican este principio?; ¿Qué prohíbe el principio de tipicidad?; y, ¿Cómo se debe observar éste principio en la construcción de un Reglamento?

Respecto a la primera pregunta, es necesario conocer en qué momento debe iniciar el proceso de tipificación, interrogante que Jaime Ossa resuelve de manera clara al decir que:

“El proceso de tipificación se inicia, pues, desde cuando la ley formal describe cuáles conductas se consideran transgresoras y cuáles son las sanciones por aplicar.”²⁰⁷

Esto quiere decir que el establecimiento de las conductas antijurídicas tienen reserva de ley, por lo tanto un reglamento no podrá preverles si no únicamente establecer el procedimiento para aplicación de la sanción. Sobre lo que pretende o busca la tipicidad, Santiago Muñoz, señala:

(...) la determinación de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes en normas de dicho rango, sino también que el contenido de las mismas establezca con suficiente grado de certeza las conductas que el legislador considera ilícitas, de tal manera que sus destinatarios puedan conocer

²⁰⁶ Alejandro Nieto, ob. Cit., p. 200 en Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 269.

²⁰⁷ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 224.

con seguridad las responsabilidades que en cada momento contraen y las eventuales sanciones que les pueden ser impuestas²⁰⁸

Posiblemente si los ciudadanos o servidores conocieran las sanciones a recibir se abstendrían de cometer los actos tipificados como ilícitos, digo posiblemente porque los casos en los que la Contraloría General del Estado ha determinado responsabilidad administrativa, civil e indicios de responsabilidad penal son un muestra que inclusive conociendo que pueden ser acreedores de sanciones los ilícitos se comenten, es importante mencionar que en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora se debe comprobar la culpabilidad o negligencia de la persona o servidor y que dicha negligencia derivó en el cometimiento del ilícito.

Esto según Muñoz como una primera vertiente, la segunda tiene que ver con la aplicación, ya mencionada anteriormente pero que es importante señalar como parte indispensable de solventar la interrogante planteada.

La tipicidad busca que su aplicación no sea arbitraria o que la autoridad aplique sanciones “sin clase de límites, y sin usar ningún criterio de ponderación, de modo que, por ejemplo, se permita que imponga sanciones graves por infracciones leves.”²⁰⁹.

Afirmación que solventa al mismo tiempo la pregunta de quienes deben observar este principio, que no serán otro que los hacedores de la Ley como de quienes la aplican, quienes si bien tendrán la necesidad de interpretar las normas, esta interpretación debe acogerse a “ciertas exigencias: por un lado, no pueden usarse interpretaciones imprevisibles, absurdas o que utilicen criterios que no sean los comúnmente aceptados en Derecho. Por otro lado está prohibida la aplicación analógica de las normas sancionadoras.”²¹⁰, por la aplicación directa del principio de legalidad.

El principio de tipicidad limita sustancialmente el quehacer de los servidores públicos, cuestión muy necesaria frente a realidades como las nuestras donde el abuso del poder vulnera el ordenamiento jurídico.

Para Jaime Ossa, la observancia del principio de tipicidad ha permitido construir “la teoría de la prohibición de la analogía en materia sancionadora, rechazando toda interpretación de criterios extensivos que lo que haría sería

²⁰⁸ Alejandro Nieto, ob. Cit., p. 200 en Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 974.

²⁰⁹ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 976.

²¹⁰ *Ibíd.*, 977.

reconocer a la administración la facultad para crear tipos infraccionales y correctivos equivalentes.²¹¹

Bajo este concepto, no cabe pensar que la autoridad puede sancionar a una persona o servidor porque considera que su accionar es parecido al tipificado en la Ley, produciendo que sea la propia administración la que crea tipos infraccionales y correctivos, facultad que como se había indicado antes le corresponde únicamente al legislador. En este sentido, Santiago Muñoz afirma que:

Es también una derivación del principio de tipicidad que la determinación de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes no puede hacerse utilizando conceptos que dificulten o impidan la concreción razonable del mandato [...] “[...] ello no significa que la determinación de los tipos infractores no pueda hacerse utilizando conceptos jurídicos indeterminados, siempre que, desde luego, no dificulten la aplicación de la norma.”²¹²

Desde mi punto de vista más que como una derivación el uso de conceptos jurídicos claros es una obligación que debe cumplir el legislador durante el proceso de construcción de la norma, una redacción confusa o poco clara dejaría de lado lo que se pretende con el principio de tipicidad, y es que el ciudadano o servidor entienda sin mayor dificultad que tal conducta es ilícita.

Finalmente es menester señalar que “[...] las decisiones de los reguladores sólo se justifican en la medida en que se apoya en normas dictadas por el legislador y estas normas, además, contiene un programa regulatorio básico o mínimo que la Administración competente ha de desarrollar o completar, pero no crear desde sus fundamentos.”²¹³, a excepción de las llamadas Leyes en Blanco que “...se dan cuando la ley sancionadora describe en forma incompleta los comportamientos infraccionales, o cuando no puntualiza la sanción pertinente sino que simplemente las prevé [...] “[...] para enviar luego la operación graduativa al reglamento.”²¹⁴

Se reconoce entonces que un reglamento puede tipificar conductas ilícitas siempre que se trate de Leyes en Blanco, sin embargo considero que de presentarse es una práctica poco aceptable dentro de la Administración Pública, pues son los legisladores como representantes de la ciudadanía los obligados a debatir que conductas se consideran ilícitas, situación de suma relevancia e importancia dentro de un país.

²¹¹ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 275.

²¹² Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 975.

²¹³ *Ibíd*em, 560

²¹⁴ *Ibíd*em 226.

2.3 Sanción

Hasta aquí la vocablo sanción ha sido enunciado de manera reiterada, debiendo entonces dedicarnos a su análisis, a fin generar nexos entre unos concepto y otros durante todo el trabajo

Por sanción “entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de una bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa [...]”²¹⁵

En nuestro ordenamiento, tal como reconoce nuestra Constitución, este mal puede ser impuesto tanto por el poder judicial como por órganos que conforman las Administración Pública, a diferencia del sistema judicialista, fundamentalmente anglosajón que, basado en una estricta aplicación del principio de división de poderes, reserva a los jueces la imposición de toda clase de pena y castigos.

Dromi señala que la sanción administrativa es “[...] un medio indirecto con que cuanta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho”²¹⁶.

Si la sanción es considera como un medio para mantener el orden público nos podríamos imaginar la existencia de otros medios, siendo la sanción solo uno de ellos, otro medio puede ser por ejemplo todo el esfuerzo del Gobierno a través del Servicio Nacional de Contratación Pública por mantener bien informados a los proveedores y entidades públicas respecto a las disposiciones de la Ley Orgánica del

²¹⁵ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, “*Curso de Derechos Administrativo*” (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2011) 169.

^h La política “Cero Tolerancia a la Corrupción” que está implementada en el Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP- continúa dando resultados. El SERCOP identificó un caso de mala práctica de contratación pública, levantó la alerta y realizó la respectiva investigación y obtuvo la documentación necesaria que le permitió a la Fiscalía General del Estado realizar el día hoy la detención de una persona implicada en el supuesto delito de tráfico de influencias. De esta manera el SERCOP perfecciona cada vez más sus procedimientos de control, el procesamiento de las denuncias ciudadanas y la coordinación interinstitucional con el Consejo de Participación de Ciudadana y Control Social y Fiscalía General del Estado para combatir frontalmente los actos de corrupción. La Subdirectora General de Control, Camila Restrepo Rojas manifestó que “es el tercer caso que el SERCOP ha denunciado y que ha tenido efectos drásticos contra la corrupción en la contratación pública. En los otros dos casos ya existen personas sancionadas por la Ley y vamos a continuar con el trabajo de control hasta las últimas consecuencias para poder tener una buena práctica de contratación pública a nivel nacional”, manifestó Restrepo Rojas. Fuente: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/denuncia-presentada-por-sercop-permitio-detencion-de-una-persona-por-supuesto-caso-de-trafico-de-influencias/>

²¹⁶ José Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Astrea de R. Depalma, 1973). 283.

Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento general de aplicación y sus Resoluciones, pero pese a todas las capacitaciones impartidas se han elevado denuncias ante la Fiscalía por delitos como tráficos de influencias^f o manipulación del sistema virtual del SERCOP para favorecer a ciertos proveedores la adjudicación en procesos de Subasta Inversa Pública.ⁱ

Por lo que más que un medio considero que es una consecuencia que debe enfrentar la persona o servidor que vulneró la norma y producto de esa vulneración ocasionó un daño al Administración Pública, medios o formas de mantener el orden público pueden ser varias pero la sanción es la que se impone y sufre quien inobservó una norma.

Afirmación respalda en virtud a lo que manifiesta Freddy Vicente Montes, respecto a esta, pues dice: “Se puede entender también como aquel mal infligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, al estar vedada para la administración pública las sanciones consistentes en privación de libertad.”²¹⁷

Con este concepto no solo se expone en qué consiste una sanción sino además ejemplifica en que puede consistir, ejemplificación sumamente importante dentro de nuestro trabajo investigativo, como lo demostraremos más adelante.

Se puede señalar también que “como sanción administrativa emblemática, típica y característica, en efecto, sobresale, la multa, que es la sanción administrativa por excelencia. [...]”²¹⁸ “[...] pueden ser de cuantía fija, pero lo normal es que sean de cuantía variable: el legislador fija así un límite máximo y un límite mínimo y su cuantía concreta queda a expensas de las circunstancias de cada caso (y de la aplicación del principio de proporcionalidad).”²¹⁹

i Tras el allanamiento de 6 inmuebles en varios sectores de Quito, 6 personas quedaron detenidas por su presunta participación en una banda dedicada a vulnerar el sistema informático del portal del Servicio de Contratación Pública (Sercop). El 25 de junio de este año, Santiago Vásquez, director de Sercop presentó la denuncia del hecho ante la Fiscalía. Fuentes explicó que de acuerdo a investigaciones previas, 2 de los integrantes de la organización se encargaban de realizar los vínculos con determinadas empresas y, a cambio de dinero, obtenían la adjudicación de un contrato a través de una adulteración del sistema. Fuente: Diario EL TELÉGRAFO bajo la siguiente dirección: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/operativo-eslabon-92-desarticula-a-banda-que-manipulo-sistema-virtual-de-sercop>

²¹⁷ Freddy Vicente Montes, *Potestad Sancionadora y Procedimiento Administrativo Sancionador*, en http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/potestad_sanci.pdf

²¹⁸ José Suay Rincón colaborador en la obra de Blanca Lozano Cutanda, *Diccionario de Sanciones Administrativas*, 167.

²¹⁹ Ibídem 168.

2.3.1 Características de la sanción administrativa

Entre las características de las sanciones administrativas podemos dictar las siguientes:

Proceden de una Administración Pública o, más exactamente, de un órgano perteneciente a la Administración, por un lado; y, por otro lado, se producen en el ámbito de un procedimiento administrativo, más exactamente, al término del mismo: las sanciones administrativas son, precisamente, las resoluciones administrativas que constituyen el modo normal de terminación de los procedimientos sancionadores.²²⁰

Sin duda que para que la sanción sea considerada administrativa debe ser impuesta por un organismo que pertenece a la Administración Pública, y no solo eso sino que su imposición será consecuencia de un procedimiento administrativo y se formaliza a través de la emisión de un acto administrativo, acto que pone fin, a dicho procedimiento.

2.3.2 Fines de la sanción administrativa:

A decir de José Suay Rincón expone que “las sanciones administrativas cumplen una finalidad represora o retributiva”.²²¹

No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad, Es preciso, que de manera autónoma o en concurrencia esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad.²²²

La imposición de una sanción no es solo eso, sino que además pretende que el infractor sea obligado a retribuir a la administración pública con el cumplimiento de una obligación, en virtud al daño causado, la sanción como tal busca generar en quien la recibe la conciencia de que sus actos u omisiones que vulneren la ley son reprimidos y para subsanarlo debe pagar un multa o dejar de ser beneficiario de algún tipo de autorización otorgada por la administración.

²²⁰ Ibídem 169.

²²¹ Ibídem 170.

²²² Ibídem 171.

Jaime Ossa, afirma que “cualquier norma, mandato o disposición de carácter jurídico carece de fuerza vinculante sino estuviera precedida de la intimidación propia de la sanción a quien la quebrante. Ese es el sentido y el espíritu de la fuerza y seriedad.”²²³

Como bien señalábamos anteriormente bastaría que los ciudadanos o servidores dimensionemos la sanción que podríamos recibir, pero en la práctica pese a ello se comenten actos ilícitos. Entre sus fines el mismo Ossa señala:

Una pretenden cumplir funciones preventivas y otras ventajas retributivas, protectoras, resocializadoras, correctivas y de amonestación...”. “Tendrá un carácter correctivo en cuanto que representa una expresión del poder sancionatorio de la administración que tiende a proteger el orden administrativo interno (disciplinario) o externo del aparato gubernamental. Pero también ostenta un significativo carácter preventivo.”²²⁴

Es decir que lo que se pretende es evitar el cometimiento de una infracción, frente aquello que el legislador ha decidido precautelar, cuidar o proteger, si la Administración Pública no sanciona actos que contravengan el bienestar y desarrollo normal de la sociedad se convierte en cómplice de aquellos que vulneran la ley y pero aún aquella vulneración quedaría impune.

Dentro de la potestad sancionadora existente además la potestad disciplinaria, “como instrumento de defensa de la propia organización”²²⁵, esta se “ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización [...]” “[...] para mantener la disciplina interna de su organización [...]”²²⁶

Como bien se planteó el propósito de este trabajo es analizar la potestad sancionadora de la administración pública en la contratación pública tanto a proveedores como a los servidores públicos, en el caso particular de los servidores sus acciones u omisiones serán sancionadas conforme las disposiciones de la Ley Orgánica del Servicio Público desde el ámbito disciplinario.

Juan Carlos Cassagne señala que “(...) las sanciones disciplinarias, ellas nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del

²²³ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 593.

²²⁴ *Ibíd*em 593, 594.

²²⁵ Tomás Quintana López colaborador en la obra de Blanca Lozano Cutanda, “*Diccionario de Sanciones Administrativas*”, 368.

²²⁶ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derechos Administrativo* (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2011) 176.

servicio a su cargo y, en general de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial.”²²⁷.

Cuando abarcamos lo relacionado a las garantías constitucionales, señalamos que su cumplimiento depende de los servidores públicos por que la aplicación de sanciones a los servidores que de manera arbitraria vulneren o simplemente no reconozcan al ciudadano estas garantías se encuentra por demás justificada, quienes seguramente al ser sujetos de un proceso sancionador exigirán a sus pares la aplicación y reconocimiento de esas garantías para su caso.

Este criterio es aplicable no solo a lo que a las garantías previstas en la Constitución de la República del Ecuador se refiere sino de manera general a la obligación del servidor actuar conforme dicten las normas, cualquier hecho en contrario debe ser reprimido a través de un sanción, equivalente al daño causado a la Administración y de ser el caso al ciudadano que se encuentra en una posición jerárquica inferior pero esa posición no debe entenderse o mal interpretarse simplemente reconocer que la Administración Pública al ser la llamada a mantener el orden, puede ejercer su poder de imperio pero sin vulnerar los derechos de los ciudadanos.

En este punto es importante señalar que el inicio de un proceso disciplinario en contra del servidor que por acción u omisión vulneró las disposiciones establecidas en el Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento general de aplicación y las resoluciones del SERCOP, deberá partir de algunos antecedentes previos como por ejemplo, si el perfil del funcionario se adecúa a las funciones que realiza, de acuerdo a estas funciones que tan compleja se le ha hecho la materia de contratación, que tan complejas considera que son las Resoluciones del SERCOP, desde que se encuentra en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha cuantos cursos de capacitación ha asistido, cuántos de estos cursos han sido auspiciados por la entidad en la que se desempeña, cuando se encontró con una duda, como fue el servicio del call center del SERCOP E-COMPRAS, todo esto con el ánimo de llegar a comprobar la culpa del servidor que pese a que sus funciones se adecuan al puesto, a fin de que la normativa aplicable a compras públicas le resulte entendible y de fácil comprensión la entidad invirtió en el proveedor para que acuda a cursos de capacitación y pese a todo ello, inobservó las disposiciones de la norma, la entidad tendrá argumentos suficientes

²²⁷ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, (Lima: Palestra Editores SAC, 2010), 560.

para sancionar al funcionario o en su defecto si el perfil del funcionario no tiene relación con el ámbito de contratación, y no tuvo oportunidad de capacitarse de mejor manera el servidor responsable de probar la culpabilidad tendrá que valorar todos estos aspectos.

Lo aquí planteado su sustenta en virtud a las 49 encuestas realizadas a servidores públicos, constante en el Anexo II, del presente trabajo, de los cuales, el 86% manifestó que su perfil si se adecúa a las funciones que desempeña, el 53% manifestó que considera la contratación pública una materia medianamente compleja, el 88% señaló que las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, son difíciles de entender y aplicar, el 27% desde la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha realizado al menos un curso de capacitación, de estos el 24% señaló que ninguno de los cursos a los que ha asistido fue auspiciado por la institución, pese a existir un mandato constitucional de que las entidades deberán capacitar a su personal^j, en cuanto a la absolución de consultas a través del call center ECOMPRAS el 63% calificó de inútil este servicio,

2.4 Infracción

La infracción será el punto de partida para las sanciones administrativas pues para su imposición “se requiere la concurrencia de un presupuesto, no sólo previo, como resulta obvio, sino también específico. De tal manera, no hay sanción sin la previa realización de una infracción o de un ilícito de carácter administrativo.”²²⁸

La infracción es lo que debe acontecer para la aplicación de una sanción sin ello la sanción simplemente no existiría, por lo tanto el legislador en aplicación u observancia del principio de tipicidad, será en el encargado de tipificar las infracciones.

2.4.1 Características de la infracción

Para Blanca Lozano, “una infracción, en rigor, para ser tal, requiere la inexorable concurrencia de sus características propias: la infracción ha de ser

^j La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 234, prevé: 234.- El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

²²⁸ José Suay Rincón colaborador en la obra de Blanca Lozano Cutanda, “Diccionario de Sanciones Administrativas”, 174.

antijurídica, típica y culpable, por tanto infracción en sentido estricto, que es la que ha de ponerse en conexión precisamente a las sanciones administrativas.²²⁹

La infracción para ser tal implica que el acto vulnere la ley y por ende dicha vulneración ponga el peligro un bien protegido, además deberá estar concebida en una norma y su cometimiento ser producto de la negligencia o la falta de cuidado o toma de medidas que hubieran evitado el daño.

Desde de un punto de vista más práctico se entendería entonces que una infracción es la causa y la sanción es el efecto, ambas circunstancias para ser legítimamente aplicables deben hacer parte de una ley.

2.5 Derecho de repetición

Se ha considerado importante abordar el tema del derecho de repetición, pues producto de una ilegítima aplicación de la potestad sancionadora o potestad disciplinaria, los afectados pueden recurrir a la justicia para entablar una demanda por daños y perjuicios, cuyo efecto posiblemente sea el que el Estado debe indemnizarlos.

La acción de repetición está establecida como principio en la Constitución del Ecuador, artículo 11, numeral 9, y procede en el caso en que el Estado deba indemnizar por un daño provocado, y en este caso, el Estado puede ejercitar la acción de repetición respecto al servidor público que ocasionó dicho daño.

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, establece que:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y,

²²⁹ Ibídem 174.

declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.²³⁰

La acción, igualmente se encuentra regulada en el Código Orgánico de la Función Judicial, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En esta última norma se establece como tal el procedimiento a seguir para ejercitar la acción de protección, sin embargo, estas normas no regulan exhaustivamente dicha acción, provocando vacíos legislativos, por lo que se impone una modificación a la legislación vigente.

Por otra parte, el Código Orgánico de la Función Judicial, establece que:

Art. 33.- REPETICION DE LO PAGADO POR EL ESTADO.- En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales.

Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino acaso fortuito o a fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.

Si en la sentencia ejecutoriada se declara que las servidoras o los servidores no han justificado su conducta, se dispondrá que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral, y que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra las servidoras o los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado.²³¹

Lo que determinará el inicio de un procedimiento coactivo será si el servidor logró justificar su conducta o no, teniendo como principal objetivo que el Estado recupere los recursos económicos que por la indebida actuación de ese servidor tuvo que desembolsar a favor de un tercero privado.^k

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prescribe:

Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido

²³⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Título II, Derechos, Capítulo primero, Principios de aplicación de los derechos, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008, Artículo, 11.

²³¹ Ecuador. Asamblea Nacional, “Código Orgánico de la Función Judicial” [2009], art. 33, en Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (Quito, 9 de marzo de 2009): 14.

condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

Con el ejercicio de la acción de repetición, el Estado tiene la posibilidad de recuperar el monto que haya tenido que cancelar para indemnizar el daño producido. Esta figura se asemeja a la indemnización civil, por cuanto se repara el daño material causado, y el Estado puede recuperar su patrimonio, afectado por una acción u omisión de un servidor público.

La acción de repetición se iniciará siempre que el Estado haya sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos, como bien se manifiesta en la parte final del artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 68.- Legitimación activa.- La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado.

La jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado.

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material.

[...] En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra.²³²

^k Caso Chevron: Estado Ecuatoriano iniciara las acciones de repetición por pago a Chevron. Una vez que el Ministerio de Finanzas efectuó el pago ordenado en el laudo arbitral a favor de Chevron Corporation, el Estado ecuatoriano iniciará las acciones de repetición contra los jueces y servidores judiciales que estuvieron a cargo de las causas presentadas por la compañía que, según la decisión del Tribunal, incumplieron su obligación de administrar justicia de manera oportuna, razón por la que fue

Este último inciso garantiza desde mi punto de vista que se presente la demanda de repetición, o se asuma el patrocinio si la misma fue interpuesta por un particular, pues la máxima autoridad corre el riesgo de que producto de su omisión se vea inmerso en un proceso en su contra. Para el autor Ramón Parada:

La acción de regreso comporta, pues, como primera condición que el particular haya sido efectivamente indemnizado por la Administración, la cual puede repercutir contra el funcionario responsable. Esto significa que la Administración no puede financiar la indemnización que paga a terceros perjudicados con la indemnización que pudiera exigir previamente al funcionario responsable.²³³

Lo manifestado por Parada desde mi punto de vista es lógico o procesalmente hablando adecuado, pues durante la demanda de repetición el servidor tendrá la oportunidad de presentar sus pruebas de cargo y descargo, que le permitan en el mejor de los casos verse libre del pago del monto de indemnización realizado previamente por el Estado.

Es necesario indicar también que la regulación de la acción de repetición, es deficiente, por lo que es necesario ampliar el ámbito de acción a sujetos que, sin ser servidores públicos, se relacionen con el daño provocado; aclarar qué sala será competente en el caso de que la sentencia que se le impuso al Estado haya sido dictada por organismos internacionales y especificar qué sujeto tendrá la legitimación activa, si el daño hubiese sido causado por la Procuraduría General del Estado.

condenado el Estado ecuatoriano. En dicho laudo, el Tribunal concluyó que el Ecuador había incumplido el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones suscrito con Estados Unidos, por una demora indebida por parte de los tribunales de Ecuador que no resolvieron los siete casos comerciales presentados por la petrolera norteamericana entre 1991 y 1994. Aun cuando Chevron-Texaco solicitó una indemnización de 1.605 millones de dólares, el Tribunal Arbitral, atendiendo los argumentos de la defensa del Estado, solo le concedió una fracción de este valor de aproximadamente USD 96 millones más intereses. Fuente: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/815-estado-ecuatoriano-iniciara-las-acciones-de-repeticion-por-pago-a-chevron>

²³² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, arts. 67-68, en Registro Oficial, Suplemento, No. 52 (Quito, 22 de octubre de 2009): 22.

²³³ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II Organización y empleo público*, (Madrid, Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010), 562

Capítulo tercero

3.1 La potestad sancionadora en los contratos públicos

Es de explorado derecho que toda obligación que deriva de una ley, tiene como característica principal, de que si la misma no se cumple, el infractor responsable se hace merecedor a una sanción, lo cual es lógico, ya que de no ser así, el cumplimiento de una obligación quedaría sujeto a la voluntad del particular. Sin embargo, en virtud al principio de seguridad jurídica, es necesario, que la conducta que trae como consecuencia la infracción, esté previamente tipificada en la ley como ilegal y tenga prevista una sanción.

Esta afirmación en los contratos públicos se traduce en aquella potestad de la entidad contratante de establecer sanciones al contratista, que no cumpla con las obligaciones contractuales, dichas sanciones deberán estar estipuladas en el contrato para que sean legítimamente aplicables, por lo que antes de referirnos o analizar cómo se hace visible la potestad sancionadora en los contratos públicos, nos referiremos primero al concepto, elementos, principios y características de los contratos públicos.

3.1.1 Contratos Administrativos

El artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, prevé que los contratos a los que se refiere esta Ley, celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.

Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la Administración y que llevan explícita o implícita cláusulas exorbitantes del derecho privado.²³⁴

El concepto señalado trae consigo los elementos del contrato público, como los sujetos, el objeto y la causa, los cuales serán analizados posteriormente.

234 Ismael Farrando y otros, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L., 2001), 383.

Para Dromi, el contrato administrativo es “una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera.”²³⁵

No obstante, de la colaboración a la cual se refiere Dromi, la Administración será la que establezca las condiciones de la contratación, pues las contrataciones o los contratos que ésta suscriba tienen un impacto directo con el desarrollo del país, esto porque el Estado tiene la obligación a través de sus organismos competentes de establecer políticas públicas, las cuales no son, sino aquellas acciones, dirigidas a la solución de un problema colectivo, por lo que mientras el Estado establece qué hacer al mismo tiempo es necesario definir cómo hacerlo, esto hace parte de la gestión pública y dentro de ella la contratación, entonces podremos decir la participación de los administrados en la contratación pública, está directamente ligada al cumplimiento de las políticas públicas, por ello que el Estado puede hacer uso de las llamadas prerrogativas de la Administración Pública, de las cuales nos referiremos más adelante.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva por su parte determina que:

Art. 75.- Contratos administrativos.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables.

Concepto también recogido por Dromi quien dice que el contrato administrativo es un “acto bilateral que emana la manifestación de voluntad coincidente de las partes.”²³⁶

Podemos concluir indicando que un contrato administrativo es un acuerdo de voluntades en el cual de manera indispensable una de las partes que interviene es una entidad pública, su principal característica es la adhesión, pues si bien, existe un acuerdo y la voluntad de suscribir ese instrumento legal, las condiciones o cláusulas son aquellas que unilateralmente la entidad pública estableció desde la elaboración de pliegos.

²³⁵ José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1987), 239.

²³⁶ *Ibíd.*, 236

No obstante, se considera que sí existe un acuerdo de voluntades, ya que el contratista en la fase precontractual del proceso tuvo conocimiento de las condiciones que regían esa contratación al momento de revisar los pliegos aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante en la fase de publicación y convocatoria, de tal manera que el oferente conoce a ciencia cierta a que se sujeta en caso de ser adjudicado y convertirse en contratista.

Si bien los contratos administrativos poseen otras características daremos especial atención a las cláusulas exorbitantes para posteriormente traer a colación las demás características.

3.1.1.1 Cláusulas Exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes son la materialización de las llamadas prerrogativas de la Administración Pública en los contratos públicos, las cuales según Ramón Huapaya Tapia, “[...] sirven para demostrar la superioridad jurídica de la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público en la relación contractual que estos celebren, bajo las normas especializadas que regulan la materia.”²³⁷

El Estado debe precautelar el interés general de los ciudadanos; y, bajo su poder de imperio obliga al contratista a someterse a las condiciones que la entidad contratante establezca dentro del contrato, lo cual se efectiviza con el establecimiento de cláusulas exorbitantes.

Entre otras prerrogativas de la Administración Pública, podemos citar las siguientes:

Expedir leyes en sentido material (que no son otra cosa los reglamentos), merced a la facultad reglamentaria con que se investe a quien jefatura la administración pública.

‘Formular declaraciones unilaterales de voluntad con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos, así como ejecutarlas sin intervención de la autoridad judicial, gracias a la facultad que la doctrina denomina autotutela.’²³⁸

Celebrar actos bilaterales de tipo contractual con los privilegios inherentes a su situación jurídica, con subordinación a una relación preestablecida de derecho público o a superiores expresamente previstos para regular tal relación en aras del interés público.

Utilizará fuerza pública para el cumplimiento de sus disposiciones.

237 Ramón Huapaya Tapia y otros, *Potestades y prerrogativas en los contratos públicos* en el Derecho peruano: bases para su caracterización en el Ordenamiento Jurídico peruano. (Lima: Palestra Editores, 2012), 541.

238 Juan Alfonso Santamaría Pastor. Op.cit.p. 38, en Jorge Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo*, (México: Editorial McGraw Hill, 1997), 5.

Imponer sanciones a los administrados cuando infringen el ordenamiento administrativo.²³⁹

De lo citado, podemos destacar aquellas prerrogativas ya analizadas en el presente trabajo investigativo que se resumen en la potestad reglamentaria, potestad de autotutela, la estipulación de cláusulas exorbitantes en contratos públicos, potestad coercitiva y finalmente la potestad sancionadora.

Dentro de las definiciones de cláusulas exorbitantes, Héctor Jorge Escola, citado por Marco Idrobo Arciniega, señala que “se entiende por cláusulas exorbitantes a las que ‘llevan un sello administrativo en el sentido de que han sido inspiradas en consideraciones de interés general, no susceptibles de manifestarse en los contratos particulares’”²⁴⁰.

Evidentemente, estas cláusulas no se encuentran presentes en los contratos privados cuya característica es la posición horizontal de las partes, por lo tanto estas se encuentran asistidas o se encuentran sometidas bajo los mismos parámetros, mientras que en los contratos públicos la relación es desigual.

Entre las principales cláusulas exorbitantes tenemos:

- a) La modificación unilateral
- b) La interpretación unilateral
- c) La reversión
- d) El sometimiento a la ley nacional
- e) La terminación unilateral

a) Modificación unilateral.

“Esta facultad consiste en la posibilidad que tienen las entidades públicas de introducir unilateralmente variaciones al contrato para suprimir o adicionar cantidades de obra, trabajos, suministros o servicios, con el fin de evitar que se afecte gravemente el servicio público (...)”²⁴¹

La modificación de un contrato motivada unilateralmente por la entidad, se ve necesaria cuando durante la ejecución la entidad contratante a través del Administrador del Contrato, evidencia que las condiciones originales no son

²³⁹ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo*, (México: Editorial McGraw Hill, 1997), 5.

²⁴⁰ Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, en Marco Idrobo Arciniegas, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 50.

²⁴¹ Orlando García – Herreros, *Manual de Administración Pública*, (Bogotá: Fondo de Publicaciones, 1995), 120.

suficientes para cumplir el objetivo planteado, de tal manera que en virtud a ésta cláusula exorbitante, la entidad tiene la posibilidad de cambiar dichas condiciones.

Generalmente esta situación se presenta en los contratos de obra, cuando durante la ejecución del contrato el administrador y el fiscalizador verifican la necesidad de incrementar un rubro no previsto en las especificaciones técnicas iniciales, por lo que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, prevé en el artículo 89 las órdenes de trabajo; y, dispone:

Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley.

b) La interpretación unilateral de los contratos.

Orlando García, señala que es la “[...] facultad de la administración que tiende a impedir que las discrepancias que surjan entre ella y el contratista, sobre el alcance de las estipulaciones contractuales puedan paralizar la ejecución del contrato, por lo que se hace obligatorio para el contratista aceptar la interpretación que haga la administración hasta que la jurisdicción o tribunal de arbitramento, según el caso, decidan la cosa.”²⁴²

Esta cláusula le permite a la entidad contratante continuar con la ejecución del contrato, mientras una autoridad judicial dirime las diferencias que pueden presentarse durante su ejecución en cuanto a la interpretación del alcance de las demás cláusulas contractuales.

La interpretación unilateral de los contratos, se refleja, en la cláusula denominada Definiciones donde de manera unilateral el entidad contrate establece las reglas de interpretación de términos, por ejemplo que se entenderá por fuerza mayor caso fortuito, adjudicación, etc.

c) La reversión

En los contratos de “explotación” y de “concesión” de bienes públicos debe incluirse la cláusula de reversión, es decir la estipulación que determina que los bienes y elementos “directamente afectados” al respectivo contrato pasaran a la

²⁴² Orlando García – Herreros, *Manual de Administración Pública*, (Bogotá: Fondo de Publicaciones, 1995), 121.

propiedad de la entidad estatal contratante a la finalización del mismo, sin que ellos se pague compensación alguna.²⁴³

Finalizado el plazo de la explotación o concesión, la contratista está obligada a entregar todos los bienes utilizados durante la ejecución del contrato, los cuales pasarán a ser de propiedad de la entidad contratante en virtud a la cláusula de reversión, considerando que durante la vigencia del contrato, la contratista logró recuperar la inversión realizada producto de la concesión, por lo que luego de ello será la entidad encargada de operar o brindar los servicios anteriormente concesionados.

En el campo petrolero, el procedimiento denominado Contrato Bajo Llamada implica la contratación de un operador que se encargue de la exploración y explotación de hidrocarburos, a quien la entidad contratante podrá hacer la entrega de bienes que faciliten la operación pero con la obligación de restituirlos al cierre del contrato.

d) El sometimiento a la ley nacional

A excepción de las contrataciones realizadas fuera del país, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, será la norma de aplicación obligatoria para todas las entidades públicas, para la adquisición de bienes, ejecución de obras y provisión de servicios, incluidos los de consultoría, a excepción de las contrataciones relacionadas para la exploración y explotación de hidrocarburíferos o el giro específico del negocio de las empresas públicas, como es el caso de PETROAMAZONAS EP, la cual para contrataciones maneja su normativa propia, lo cual no insta a la obligación de los contratista a sujetarse durante la ejecución hasta la finalización del sometimiento a esta normativa.

e) La terminación unilateral

“La declaración de terminación unilateral extingue de manera total el contrato administrativo, es decir, es un modo de conclusión del contrato, y en ello se diferencia de otra cláusulas exorbitante que es la modificación unilateral, la que no tiene el mismo efecto extintivo del contrato.”²⁴⁴

Este concepto nos permite identificar aquellos requisitos y efectos que produce la ejecución de la cláusula exorbitante de terminación unilateral, en primer

²⁴³ Ibídem, 122.

²⁴⁴ Galo Torres, *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*, (Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Edición Trama, 1996), 93.

lugar dice que es una declaración es decir que se requerirá de la emisión de un acto administrativo por parte de la máxima autoridad de la entidad o su delegado, quien resolverá y declarará que el contrato llega a su fin por decisión de la entidad contratante exclusivamente.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé ésta forma de terminación de los contratos en los siguientes casos:

En los contratos de obra por precio fijo:

La Entidad Contratante declarará la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo, de conformidad al artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.²⁴⁵

En el caso de celebrarse “un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista, según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”²⁴⁶

De manera general de conformidad al artículo 94 *ibídem*, “La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. [...]”²⁴⁷

²⁴⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 55.

²⁴⁶ *Ibídem*, art. 64.

²⁴⁷ *Ibídem*, art. 94.

La entidad contratante tendrá la facultad de proceder con la terminación unilateral del contrato, de presentarse cualquiera de las condiciones arriba citadas, concluyendo que la terminación unilateral es una forma mediante la cual se pone fin a la relación contractual y dependiendo sus causas, ésta declaración podrá motivar el establecimiento de sanciones al contratista dejando claro que la terminación unilateral no constituye una sanción a diferencia de lo que Jaime Peñafiel Villarroel, en su trabajo de tesis titulado *Inseguridad jurídica en la ejecución de la sanción administrativa en la terminación unilateral del Contrato Administrativo*, señala:

La Administración Pública ejerce sus potestades sancionadoras a través de actos administrativos, que en el caso de los contratos públicos, se establecen con la respectiva resolución motivada, mediante la cual se termina en forma unilateral y anticipada dicho contrato, acto administrativo que también se lo ejecuta cuando el adjudicatario de un contrato, no ha cumplido la obligación de suscribir el contrato dentro del plazo y forma establecido por la ley.²⁴⁸

Desde mi punto de vista la terminación unilateral es una medida mediante la cual la entidad contratante puede poner fin a la relación contractual sin que la otra parte tenga posibilidad de obligarla a desistir de la misma, evidenciándose el poder que tiene la Administración Pública en romper el vínculo contractual, por cualquiera de las causales revisadas anteriormente, posibilitando a la entidad pública contratar la provisión del servicio, la adquisición de bienes o la ejecución de obras de forma directa conforme lo dispone el artículo innumerado primero del Capítulo IX “DE LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS” del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

Mientras que el establecimiento de multas por cada día de retraso por el incumplimiento de las obligaciones contractuales sí constituye una sanción típica de la administración pública y conforme lo previsto en el numeral 3 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato”, la entidad contratante podrá terminar unilateralmente el contrato, de manera que se puede evidenciar que la sanción es el establecimiento de multas y la terminación unilateral, una cláusula exorbitante del contrato administrativo.

3.1.1.2 Elementos de los contratos públicos

²⁴⁸ Jaime Peñafiel Villarroel, *Inseguridad jurídica en la ejecución de la sanción administrativa en la terminación unilateral del Contrato Administrativo*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, (versión digital, 2008),16.

Los elementos de los contratos públicos, revisten gran importancia en el desarrollo de las potestades que puede ejercer la administración pública y precisamente estos son:

a) Los sujetos

Los sujetos en los contratos públicos son el Estado y las instituciones públicas, de una parte, que tienen la facultad otorgada en la ley, para realizar la contratación con personas tanto naturales como jurídicas, que además pueden ser nacionales o extranjeras, públicas o privadas.

Para el tratadista Marco Idrobo, quien se refiere al " [...] sujeto", manifiesta que, "la administración puede contratar con las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras que concurran con esa finalidad."²⁴⁹

A modo de conclusión, es preciso enfatizar que los sujetos de la contratación pública, serán, representando al Estado ecuatoriano, aquellos órganos públicos que tengan personalidad jurídica. La otra parte del contrato público puede estar representada por aquellas personas físicas o jurídicas del sector privado o público, con capacidad jurídica para realizar tales actos.

b) La competencia y capacidad

Las partes, para realizar un contrato público, deben tener la competencia y capacidad legal para contratar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1462 del Código Civil, que establece que:

Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.²⁵⁰

Constituye un requisito sine qua non que las partes tengan "aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato"²⁵¹

²⁴⁹ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 38,39.

²⁵⁰ Ecuador, *Código Civil*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (24 de junio de 2005), arts. 1462-1463. En adelante se cita como CC.

La competencia y capacidad son elementos cuya inobservancia pueden provocar la nulidad del contrato, por ello, previo a la suscripción se deberá velar que las partes cuenten con ellas.

c) El consentimiento o voluntad

El consentimiento parte del acuerdo de voluntades que tiene lugar entre dos o más personas, que además es un requisito esencial para la conformación del contrato.

El artículo 1467 del Código Civil expresa que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.”²⁵²

Por ello que el consentimiento debe ser un acto voluntario, donde el contratista conocer que a partir de la suscripción del contrato se sujeta a las obligaciones y sanciones previstas en el mismo.

Idrobo señala que la voluntad es “el acuerdo bilateral se forma con la coincidencia de dos voluntades idóneas, debiendo ser por lo menos una de ellas, la de la administración que se expresa por medio de los representantes legales competentes.”²⁵³

d) El objeto

El objeto del contrato está asociado con la obligación que deviene en una prestación de dar, hacer o no hacer una cosa determinada o convenida por las partes que realizan el contrato. El objeto es la consecuencia o efecto que origina el contrato y que se persigue con su celebración, al respecto el Código Civil prevé:

Art. 1476.- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.²⁵⁴

“El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes.”²⁵⁵

El objeto de la contratación en las entidades públicas sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece desde la

²⁵¹ José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1987), 239.

²⁵² Ecuador, *Código Civil*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (24 de junio de 2005).

²⁵³ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 39.

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, 243.

elaboración del Plan Anual de Contratación –PAC, este objeto debe estar directamente ligado con las funciones y competencias de la entidad y debidamente justificado por la dirección o área requirente.

"En el ámbito contractual, el objeto consiste en la obligación de dar, hacer o no hacer algo, como manifestación del deseo de las partes. El objeto es lo que los contratantes quieren al celebrar el contrato."²⁵⁶

Ningún contrato podrá omitir la cláusula relativa al objeto, el cual contiene la obligación principal del contratista, a más de aquellas obligaciones debidamente establecidas dentro del mismo.

e) La causa

La causa debe ser legítima, verdadera y efectiva, en correspondencia con la legislación civil vigente:

Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla.

La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.²⁵⁷

Definir porque es necesario un bien, un servicio a una obra, puede resultar una tarea compleja cuando las áreas técnicas se ven en la difícil tarea de justificar necesidades subjetivas y no objetivas, mientras que aquellas contrataciones que cubren evidentes necesidades no requieren si no de una redacción concreta y específica de lo que la entidad requiere.

"La administración, en materia contractual actúa con facultades regladas y no puede decidir ni celebrar contratos sin que exista una causa real, legal y clara, atentas las efectivas necesidades, motivo que estará orientado hacia fines colectivos."²⁵⁸

Dentro de los términos de referencias la sección a la cual más atención se le debe dar a más de las especificaciones técnicas en la justificación, sustentar de manera legal y técnica la necesidad de la institución, así como su finalidad y

²⁵⁶ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 42,43.

²⁵⁷ Ecuador, *Código Civil*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (24 de junio de 2005).

²⁵⁸ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 43.

objetivo, son consideraciones básicas que cada entidad debe plasmar en dicho documentos durante la fase previa del proceso de contratación.

f) Formalidades

“En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.”²⁵⁹

El artículo 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, resume los elementos del contrato público y al mismo tiempo sus requisitos:

Artículo 68.- Requisitos de los contratos.- Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes:

1. La competencia del órgano de contratación;
2. La capacidad del adjudicatario;
3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento.

Por su parte el artículo 113 *ibídem* dispone:

Art. 113.- Forma y suscripción del contrato.- En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito.

La entidad contratante verificará la aptitud legal del contratista en el momento de la suscripción del contrato, sin que ello signifique un trámite adicional para el contratista. Luego de la suscripción y cumplidas las formalidades del caso, la Entidad entregará un ejemplar del contrato al contratista. (...)

La suscripción de contratos públicos lleva implícito el uso de recursos públicos, por lo que las entidades públicas deberán velar por la observancia de las formalidades y requisitos, para proceder con dicha suscripción, incluso en los contratos privados las partes prevén que la contratación se la realice bajo el marco jurídico respectivo, procurando que la transacción resulte favorable para ambas, por lo que en el ámbito público al disponerse de recursos públicos, se deberá cumplir de manera incluso más estricta con las formalidades que ameriten y que conforme la ley se deban observar, pues existen casos como la contratación por ínfima cuantía o menor cuantía en que no se requiere de la suscripción de un contrato, mas, el servidor responsable de la recepción de los bienes, obras y servicios deberá velar

²⁵⁹ José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1987), 246.

por el debido cumplimiento de las obligaciones que el proveedor contraiga en virtud de la adjudicación.

Idrobo en relación a la forma señala que "el rigorismo formal es uno de los elementos esenciales de la contratación administrativa, imposible de soslayar so pena de incurrir en nulidad."²⁶⁰

El contrato administrativo no puede separarse de ningún formalismo, contar con los nombramientos de las partes, que el proveedor se encuentre habilitado, recibir las garantías de manera previa y suscribir el contrato como tal, hace que el contrato administrativo se diferencie de cualquier otro.

3.1.1.3 Principios de los Contratos Públicos

Resulta importante abordar el tema de los contratos públicos, basados en sus principios, al respecto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación dispone que:

Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

a) Principio de legalidad

El principio de legalidad, como principio fundamental de la Administración Pública; y, como principio fundamental de la contratación pública, será siempre aquella obligación de servidores públicos de hacer únicamente aquello que ésta en la ley, y para los ciudadanos la garantía de que si bien dentro de un proceso de contratación pública y con la suscripción de un contrato público se encuentran en bajo condiciones desiguales, no obstante la entidad contratante deberá limitarse aquello a lo que la ley le permite.

De tal manera que los procedimientos de selección del contratista deben definirse inicialmente, y en un modo en forma preciso, cierto y concreto, para que la administración no evada las reglas predefinidas en los textos legales vigentes, que establecen su marco de acción.

²⁶⁰Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 45.

Entonces, las acciones como la contratación y adquisición de bienes y servicios, el arrendamiento, y las ejecuciones de obras, deben cumplir con todos los requisitos legales de forma y de fondo, y estar acordes a la legislación vigente.

Todo el accionar de la Administración se pone de manifiesto dentro del principio de legalidad, debiendo respetarse irrestrictamente todo el orden jurídico, porque debe existir un requisito formal, ya que la Administración no puede contratar con quien quiera, sino con el particular que reúna los requisitos de idoneidad técnica, moral y financiera, porque a falta de norma jurídica.²⁶¹

b) Principio de trato justo

Implica que los proveedores no podrán ser sujetos de discriminación o descalificación en un proceso de contratación, si no por aquellas causales debidamente establecidas en la ley, de tal manera, que durante la fase precontractual los oferentes tienen la posibilidad de participar en un proceso bajo las mismas condiciones sin que existan privilegios de alguna clase.

Este principio podría considerarse vulnerado en aquellos procesos en los que las micro, pequeñas y medianas empresas y quienes formen parte de la economía popular y solidaria, local, por tener esta calidad se hacen merecedores de un puntaje determinado, permitiéndoles alcanzar más puntos que las grandes empresas.

Cabe señalar que esta otorgación de puntos responde a una política estatal de impulsar la participación de estos grupos económicos en los procesos de contratación pública.

Se requiere de igualdad de tratamiento de todos los oferentes que concurren un procedimiento de contratación, permitiendo la competencia leal, evitando que el pliego contenga disposiciones limitativas. Ello no obsta a que aparezca como principio de contradicción los intereses contrapuestos, pero debe garantizarse la palpitación igualitaria.²⁶²

c) Principio de igualdad

Implica que todos los proveedores son iguales ante la ley, todos están sujetos a sus disposiciones; y, por ende tienen la obligación de observarla, lo cual implica que las entidades contratantes sin importar de qué proveedor se trate deben aplicar la ley.

²⁶¹ Juan Cassagne, “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte”, 83-454 y ss, en Isamel Farrando, *Contratos Administrativos*, 390.

²⁶² Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, 390

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece en su artículo 20 respecto a los Pliegos, en donde constan las reglas y condiciones a las cuales los oferentes se sujetarán, que:

Art.20.- Pliegos.-

Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.

En virtud de éste artículo las entidades contratantes se encuentran obligadas a establecer condiciones que no impliquen algún tipo de discriminación que obligue a los oferentes a desistir de su participación en un proceso. Salvo casos debidamente justificados en los cuales la entidad de manera previa de a conocer que los bienes o servicios requeridos no se ofertan en el país. Marco Idrobo, respecto de este principio señala.

La misma generalidad de la ley (pues, si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equiparar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concurre identidad de circunstancias; porque, en caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato: ambos poseedores, pero ningún legislador se ha decidido a tratar lo mismo al de buena fe que al de mala fe.²⁶³

d) Principio de calidad

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 52 dispone:

“Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad (...)”

En este sentido lo que garantiza que los servicios, obras o bienes contratados cumplan con este principio es la responsabilidad que los servidores públicos tienen al momento de elaborar las especificaciones técnicas o términos de referencia de los servicios, bienes u obras requeridos, pues a mayor detalle y observancia de los más altos estándares, mayor garantía de recibir servicios de óptima calidad, caso contrario considerando que el contratista se limita a cumplir con las especificaciones mayor riesgos de recibir servicios, bienes y obras de baja calidad.

De acuerdo con Roberto Dromi, citado por Verónica Estefanía Proaño Calle, la eficiencia y calidad dependen de las siguientes acciones:

1. Realizar el adecuado diagnóstico de las necesidades públicas
2. Cumplir los objetivos en el marco espacio-temporal programado;

²⁶³ Marco Idrobo, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 59.

3. Alcanzar la finalidad política;
4. Obedecer al control público;
5. Satisfacer las necesidades públicas con costos razonables;
6. Respetar reglas de celeridad y sencillez; y,
7. Actuar con economía procesal y preservar la legalidad administrativa.²⁶⁴

Lo manifestado por Dromi podría considerarse como requisitos que los servidores públicos encargados de establecer los términos de referencia y especificaciones técnicas deberían cumplir durante la fase previa y de esta manera garantizar que los servicios, bienes u obras contratados son de buena calidad.

El establecimiento de las obligaciones es un punto transcendental en lo que a recibir servicios, bienes u obras de calidad se refieren, motivo por el cual dentro de la encuesta realizada se consultó:

¿En la entidad en la que usted se desempeña, el establecimiento de otras obligaciones del contratista ameritan a un análisis técnico?

A lo cual el 73% manifestó que Sí, lo cual denota que las entidades públicas reconocen la necesidad de que las obligaciones se estipulen de manera técnica y no se realice una simple copia de las obligaciones previstas en los modelos de pliegos promulgados por el SERCOP:

Otro punto a considerarse es la determinación de parámetros de calificación, en la encuesta se consultó:

¿En la entidad en la que usted se desempeña, el establecimiento de los parámetros de calificación ameritan a un análisis técnico?

A lo cual el 65% manifestó que Sí, considerando que durante esa etapa la entidad tiene la potestad de descalificar o rechazar la oferta del proveedor o proveedores que no cumplan con parámetros mínimos de experiencia general o experiencia específica, de tal manera que el proveedor adjudicado y contratado sea aquel que cuenta con la experticia para brindar el servicio, o ejecutar una obra.

Incluso en la determinación del porcentaje de variación de la puja a entidad contratante debe acudir análisis técnicos pues si bien por la optimización de los recursos públicos le interesa a la entidad contratante adjudicar el contrato al proveedor que más haya rebajado su oferta, tampoco podemos alentar la competencia desleal a través de proveedor que por ganar el proceso pujan hacia la baja sin

²⁶⁴ Roberto Dromi, *Renovación Axiológica y Normativa de la Licitación Pública*. (Buenos Aires: Revista de Derecho Público, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª ed, 2006). 89, en Verónica Estefanía Proaño *Inconvenientes en la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por la profusión de procedimientos precontractuales*, (tesis de pregrado), (Pontificia Universidad Andina, 2010), 35

considerar que los precios en el mercado son mucho más altos, poniendo el peligro posiblemente la calidad de los servicios o bienes a recibir.

Bajo ese criterio se consultó en la encuesta:

¿En la entidad en la que usted se desempeña, el porcentaje de variación en la puja dentro de los procesos de Subasta Inversa Electrónica es establecido en virtud a un análisis técnico?, a lo cual el 76% respondió que No.

En la obra *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, el tratadista Gaspar Ariño Ortiz, señala:

En materia de contratación pública no debemos perder de vista que las obras públicas o que los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, han de ser realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente, precisamente porque los ciudadanos tienen derecho a que los fondos públicos que van a financiar dichas actividades son de su propiedad y que, por ello tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general que permitan unas mejores condiciones de vida para todos.²⁶⁵

La tarea de las entidades contratantes al momento de elaborar al plan anual de contratación debe ser el reflejo de un minucioso trabajo de investigación en lo que a necesidades se refiere, partiendo siempre desde las competencias de las cuales se encuentre investida la institución pero sobre todo con el verdadero propósito de alcanzar los objetivos establecidos en el Plan Nacional del Buen Vivir, el cual busca justamente que los y las ecuatorianas vivamos en mejores condiciones, por lo que recibir obras y servicios de buena calidad es un derecho de los ciudadanos, al ser quienes en una ciudad por ejemplo pagan las tasas y contribuciones al Municipio y a nivel Nacional los impuestos de ley, por lo que ese pago no debe revertirse a favor de los ecuatorianos y ecuatorianas que a través de nuestro esfuerzo respondemos de manera responsable ante las obligaciones tributarios que el Gobierno Nacional o Seccional imponen.

e) Principio de vigencia tecnológica

El principio de vigencia tecnológica guarda relación con la obligación del contratista de entregar a favor de la entidad contratante una garantía que prevea el mantenimiento preventivo o correctivo de los bienes sujetos a la vigencia tecnológica por el tiempo de vida útil de los mismos, luego del cual se puede proceder con la recompra del bien por parte del contratista,

²⁶⁵ Gaspar Ariño Ortiz y otros, *Derecho Administrativo y Regulación Económica* (Madrid: Editorial, LA LEY, 2011), 442

Este principio se encuentra materializado en los artículos 117 al 145 de la Resolución SERCOP No. 72, de 31 de agosto de 2016.

f) Principio de Oportunidad

La actuación de los organismos públicos debe ser oportuna es decir que todo su aparéjate debe funcionar acorde a las necesidades de la sociedad, la planificación por lo tanto no puede ir separada de la realidad que vive el país, la provincia, ciudad o parroquia.

Una actuación inoportuna o fuera del tiempo requerido será lo mismo que no haber actuado, evidenciándose un uso irresponsable de los recursos públicos.

g) Principio de Concurrencia

Este principio surge para fortalecer la posibilidad de oposición y competencia, entre los oferentes del contrato, en el plano de los derechos de la libertad de empresa, para lograr la estimulación del mercado competitivo, para lograr mayor participación de los oferentes y que por tanto la administración pueda disponer de una importante gama de servicios.

La concurrencia debe ser favorecida con la gratuidad de la inscripción aún cuando nada obsta a que se deban comprar los pliegos; por la redacción clara y simple de los pliegos sin trámites burocráticos aplicando los principios de celeridad, economía, sencillez y finalmente la concurrencia debe protegérsela, obligando a la Administración a aplicar la legislación positiva.

h) Principio de transparencia

En virtud a éste principio se exige que la administración despliegue su actividad con la finalidad de que los ciudadanos conozcan los aspectos más importantes del proceso de selección de contratistas.

La obligación de publicar los documentos más relevantes del proceso de contratación en el portal de compras públicas o Sistema Oficial de Contratación del Estado SOCE, permite que cualquier persona tenga acceso a dicha información y hacer uso del derecho de fiscalizar la actuación de la Administración Pública.

Es importante señalar que se exceptúan de ésta obligación las contrataciones que se realicen para la seguridad interna o externa del país.

i) Principio de publicidad

La publicidad va de la mano del principio de transparencia, pues ambos buscan que las necesidades que las entidades públicas requieren cubrir a través de un proceso de contratación, lleguen al conocimiento del mayor número de proveedores

y brinda a la entidad llegar a la adjudicación luego de un riguroso proceso de calificación.

De igual manera durante la ejecución del proceso de contratación la entidad contratante tiene la obligación de ingresar “al Portal www.compraspublicas.gov.ec la información relacionada con los contratos suscritos y los efectos derivados de los mismos, como sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, cobro de garantías, dentro de un término máximo de cinco días luego de producido el hecho.”²⁶⁶

La posibilidad de contar con una herramienta informática en la que las entidades publiquen la documentación relevante de un proceso de contratación, posibilita a la ciudadanía conocer si dicha entidad no solo que cumple con las disposiciones establecidas en la norma si no que dicha contratación guarda una relación concreta con las necesidades de la ciudadanía, caso contrario se tendrá la facultad de solicitar una verdadera rendición de cuentas a los directivos de dicha institución.

Vale la pena añadir que aquella facultad que poseía la Contraloría General del Estado, en cuanto a la auditoría de gestión fue eliminada luego de las enmiendas aprobadas por la Asamblea Nacional, bajo el argumento de que la Secretaría de la Administración Pública y SENPLADES disponen de la facultad de controlar el cumplimiento de los objetivos y políticas de gestión dispuestos a la entidades contratantes sin prever que efectivamente pueden hacer un control pero no sancionar potestad que la Contraloría General del Estado si disponía hasta antes de las enmiendas.

“En todo contrato administrativo que se tramite mediante licitación o concurso público, es necesario dar la mayor publicidad posible a las bases u al procedimiento mismo de la contratación”²⁶⁷

j) Principio de participación nacional

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

Art. 25.1.- Participación Nacional.- Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.

²⁶⁶ *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 147.

²⁶⁷ Marco Idrobo, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, 60.

Art. 25.2.- Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Mediante boletín de prensa de fecha 19 de septiembre de 2016 publicado en la página web del SERCOP se informa que:

La Federación Ecuatoriana de Industrias del Metal (FEDIMETAL), la Cámara Nacional de Calzado (CALTU) y la Cámara de la Pequeña y Mediana Empresa de Pichincha (CAPEIPI) son aliados estratégicos en los procesos que el SERCOP lleva adelante para incrementar la producción nacional y contribuir en la sustitución de importaciones, a través de los Catálogos Electrónicos.²⁶⁸

Durante el evento de suscripción “Santiago Vásquez, Director Ejecutivo del SERCOP destacó las transformaciones por las que han atravesado los procesos de contratación pública en el Ecuador desde hace 9 años y por los cuales, hoy, miles de emprendedores nacionales son tomados en cuenta para las adquisiciones del Estado.”²⁶⁹

El principio de calidad y principio de participación nacional deben ir de la mano, pues si bien existe la obligación de preferir ofertas nacionales, los oferentes tienen la gran responsabilidad de ofrecer bienes y servicios de calidad.

Características de los contratos públicos

a) Mutabilidad

El contrato administrativo carece de la rigidez del contrato de derecho privado.²⁷⁰

Si los contratos públicos no tendrían la posibilidad de modificarse su ejecución se vería afectada, debiendo en cada circunstancia extraordinaria terminar la relación contractual e iniciar nuevamente un proceso de contratación, de tal manera que dentro del mismo contrato existe una cláusula que anticipa que el mismo puede modificarse o ampliarse según la necesidad de la institución, esta necesidad

²⁶⁸ Boletines de Prensa – SERCOP en: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/la-compra-publica-es-apoyo-para-la-industria-nacional-y-asi-lo-ratifican-gremios-productivos/>

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez LTDA., 2004), 43

debe justificarse mediante un informe y en ningún caso podrá afectar el objeto de la contratación de tal manera que éste será el límite.

Benjamín Herrera en su obra *Contratos Públicos* manifiesta que: “La mutabilidad del contrato es una potestad que tiene el Estado, expresión de la condición de subordinación jurídica en que se halla el contratista frente a la administración, atribuyéndole así un carácter específico y propio a estos contratos.”²⁷¹

Herrera encuentra la razón de ésta característica y se refiere a la condición que tiene el contratista dentro de un contrato público que es de subordinación, es decir que frente a la necesidad que la entidad contratante tenga de ampliar o modificar un contrato, la posición de la contratista será aceptar esas condiciones y responder según las modificaciones o ampliaciones realizadas.

Sin embargo “[...]” en la contrapartida de la mutabilidad la administración debe variar la remuneración del contratista de tal manera que se mantenga el equilibrio del sistema.”²⁷²

En cumplimiento al numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República que expresa: Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.”, la entidad contratante estará obligada a reconocer económicamente al contratista por los servicios, bienes u obras ejecutadas conforme el contrato principal o el contrato complementario mediante el cual la entidad contratante amplió las condiciones inicialmente establecidas.

b) Conmutatividad

La conmutatividad se reconoce a los contratos públicos toda vez que “el Estado no persigue fines de lucro, su fin es dar satisfacción a las necesidades públicas objetivas, y por tanto toda prestación que él reciba quiere y debe tener una contrapartida equivalente que él paga.”²⁷³

El Estado tiene la obligación de velar por el efectivo y eficiente uso de los recursos económicos, por lo que el pago que realice una entidad contratante a favor de un contratista no podrá ser más de aquello que lo satisfactoriamente recibido. Por ello el estudio económico previo que la entidad debe realizar para el establecimiento

²⁷¹ Ibídem 44.

²⁷² Ibídem 45.

²⁷³ Ibídem, 46.

del presupuesto referencial adquiere gran importancia pues dicho estudio garantiza que la entidad pagará en promedio lo que en el mercado se cancela por los bienes, obras o servicios contratados.

c) Intransferibilidad

La adjudicación y suscripción de un contrato a un determinado contratista luego de que éste en virtud a la presentación de la oferta cumple con las condiciones y requerimientos exigidos por la entidad contratante se entiende apto o idóneo para ejecutar el objeto del contrato, de tal manera que transferir esta responsabilidad a otro proveedor que no fue parte del proceso precontractual simplemente no justificaría todo el trabajo previo realizado por el proveedor contratado y por la entidad contratante, por ello que los contratos públicos son intransferibles.

Herrera señala que: “En tales condiciones, en principio estos contratos son intransferibles, aunque ello no se pacte. Si se ha escogido a un contratista en razón a unas condiciones particulares repugna que se acerque la cesión del contrato a otra persona con otras condiciones.”²⁷⁴

En nuestro país la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece en su artículo 78 que “El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”.

No obstante es necesario aclarar que la misma Ley en el artículo 79 prevé la posibilidad de que el contratista subcontrate la ejecución parcial del contrato con terceros sean estas personal naturales o jurídicas registradas en el Registro Único de Proveedores, bajo exclusivo riesgo y responsabilidad del contratista, por lo tanto éste mantiene las mismas obligaciones para con la entidad contratante.

d) Generalidad

“Mientras que los contratos entre particulares sólo generan efectos entre los celebrantes y sus sucesores a título universal, se dice que éstos afectan a la comunidad, o a terceros, en la medida en que se celebran con recursos públicos y en consecuencia éstos últimos pueden participar en la vigilancia de su ejecución.”²⁷⁵

Un caso práctico con el que podemos entender de mejor manera esta característica son aquellas contrataciones de obras que requieren de un proceso de expropiación de bienes inmuebles privados, si bien existe una relación contractual entre la entidad y la contratista, la ejecución de la obra afecta a terceras personas,

²⁷⁴ Ibídem, 47.

²⁷⁵ Ibídem 48.

quienes de manera forzosa deberán disponer de sus bienes inmuebles a cambio de un justo precio.

e) Régimen Jurídico Especial

“Los contratos del Estado se rigen por reglas de derecho público, extrañas al derecho privado, que son comunes a todos ellos en el procedimiento de formación del contrato y que admiten matices en la celebración y ejecución del contrato [...]”²⁷⁶

En el Ecuador el año 2008, la contratación pública sufrió un giro importante al obligar a todas las entidades públicas a sujetarse a una sola norma para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, debiendo derogarse todos los reglamentos que cada entidad promulgó en su momento.

De esta manera se cuenta con una norma específica para las contrataciones públicas, no obstante de las resoluciones del SERCOP de las cuales ya hemos emitido un criterio al respecto.

Entendido lo que es un contrato administrativo, sus elementos, características y principios, nos corresponde traer a colación como se expresa la potestad sancionadora en los contratos públicos.

En el Ecuador conforme lo dispone el artículo 32 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el acto administrativo previo a la suscripción del contrato es la adjudicación del mismo al oferente “cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento”.

Luego de lo cual las partes cuentan con 15 días término para la suscripción del contrato, previa presentación de garantías; y, solo después de dicha suscripción se podrán hacer efectivas las obligaciones contraídas.

Todo esto conforme se establece en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 69.- Suscripción de Contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la

²⁷⁶ Ibídem 50.

licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista. [...]

[...] Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.

Por lo tanto una vez suscrito el contrato se podrá proceder con el establecimiento de las sanciones previstas en dicho instrumento, las cuales desde mi punto de vista se ha limitado aquellas que constan en los modelos de pliegos de uso obligatorio, en virtud a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en este caso la aplicación de multas; y, en los contratos de estudios de ingeniería y diseño para la ejecución de una obra pública, si consultor o firma consultora se niega a suscribir el contrato de asesoramiento o no comparezca ante la entidad contratante de obra en el término de quince (15) días posteriores a la notificación para que dé cumplimiento de su obligación condicional suspensiva, a entidad contratante de los estudios lo declarará como contratista incumplido y notificará al Servicio Nacional de Contratación Pública para que lo suspenda por cinco años del Registro Único de Proveedores – RUP., de conformidad al numeral 4 del artículo 288 de la Resolución SERCOP-2016-072, del 31 de agosto de 2016, del cual nos referiremos más adelante.

No obstante los contratos públicos en aplicación de la potestad sancionadora pueden estipularse otras sanciones como las coercitivas o sustitutivas.

La sanción coercitiva o sustitutiva se presenta cuando por incumplimientos de la contratista, la entidad decide subsanar dicho incumplimiento por cuenta propia o a través de un tercero y la contratista está obligada a cancelar los valores que resulten de dicha intervención.

Esta medida es común en los contratos o Acuerdos Maestros de Servicios que se celebran entre empresa privadas con la Empresa Pública de Exploración y

Explotación de Hidrocarburos PETROAMAZONAS EP., cuya normativa especial rige en virtud a la excepción de la disposición derogatoria novena de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3.2 Clasificación de sanciones

Sobre la base de lo manifestado en el subtema anterior, los contratos públicos en el Ecuador prevén como sanción la imposición de multas por cada día de retraso en el cumplimiento de la ejecución de las obligaciones contractuales conforme el cronograma valorado o por el incumplimiento de las otras obligaciones.

Sin embargo una de mis interrogantes ha sido siempre como se deber fijar la multa dentro del Contrato, es decir que aspectos se deben considerar para determinar que la multa será del 1X1000 por cada día de retraso o el 2X1000 o el 3x1000, conforme lo expresado por Blanca Lozana el legislador deberá establecer el límite máximo o el límite mínimo, en nuestro país conforme se desprende de la Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, mediante la cual el Director del Servicio Nacional de Contratación Pública, resuelve expedir la codificación y actualización de las resoluciones emitidas por dicho organismo, “en caso que la entidad contratante no especifique el valor de la multa, se entenderá que por cada día de retraso en la ejecución de las obligaciones del contratista se aplicará una multa equivalente al 1 por 1.000 del monto del contrato.”²⁷⁷

Las entidades contratantes tiene la obligación de establecer la cláusula de multa, y el monto dependerá del perjuicio que cada día de retrasado le ocasiona a la entidad, observándose así el principio de proporcionalidad, esto en la práctica nos alejaría por completo de la idea de que la fijación de la multa se debe una repetición inconsciente por parte del área jurídica en la mayoría de veces al momento de elaborar el contrato, área que no es la obligada a determinarla sino más bien la encargada de exigir al área requirente dedique un tiempo en la fijación de la multa en virtud a un trabajo técnico que justifique el valor de la multa impuesta.

Dentro de la encuesta realizada a un total de 49 servidores públicos un 65% considera que el establecimiento de multas al interior de sus entidades amerita un análisis técnico.

²⁷⁷ Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, 32, 33.

Un aspecto importante que va de la mano del establecimiento de multas, es el establecimiento del plazo, si al igual que las multas el plazo fue establecido sin un mínimo análisis técnico del tiempo que el contratista requiere para por ejemplo importar los bienes o desarrollar el servicio, seguramente el contratista se verá obligado a pagar las multas, si bien al momento de revisar los pliegos y presentar la oferta, el contratista conocer que dispone de un número específico de días para cumplir con sus obligaciones, la necesidad de contratar con el Estado es mayor aun sabiendo que el plazo técnicamente no es viable deciden participar en el proceso, por ello que el área requirente debe establecer un plazo razonable observando la realidad del mercado o la realidad de la institución, de acuerdo a la encuesta realizada, el 82% considera que el establecimiento del plazo amerita un análisis técnico.

Como bien señaló no todas las sanciones administrativas son de carácter pecuniario como es la multa, sino también pueden existir otras cuya aplicación implica la suspensión, privación, separación o cierre. Para los casos de suspensión se presentará de manera general para el “ejercicio de una concesión administrativa.”²⁷⁸

La suspensión como sanción administrativa tiene gran relevancia en el presente trabajo sobre todo cuando se abarque el tema referente a la suspensión definitiva que de conformidad al artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el Servicio Nacional de Contratación Pública, puede sugerir.

Con la finalidad de abarcar las sanciones previstas en el ámbito de la contratación pública es necesario referirnos las infracciones relativas a los funcionarios y servidores públicos así como a las infracciones relativas a los proveedores y sus respectivas sanciones.

3.3 Infracciones relativas a los funcionarios y servidores públicos, previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

DISPOSICIÓN LEGAL	SANCIÓN
Art. 14.- Alcance del Control del SNCP.- El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo. El Servicio Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la	Del inciso tercero del artículo citado se puede colegir que la inobservancia de los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6, constituyen una infracción, sin embargo de la revisión a todo el texto legal, no encontramos la sanción o las sanciones a las que se hace referencia.

²⁷⁸ José Suay Rincón colaborador en la obra de Blanca Lozano Cutanda, *Diccionario de Sanciones Administrativas*, (Madrid: Iustel, 2010), 172.

<p>verificación de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública; 2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública; 3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública; 4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley; 5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y, 6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada. <p>Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley.</p> <p>Para ejercer el control del Sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida</p>	
<p>Art. 101.- Retención Indevida de Pagos.- El funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes,</p>	<p>Art. 101.- Retención Indevida de Pagos.- [...] en relación al procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado con una multa no menor de 10 salarios básicos unificados, que podrá llegar al diez (10%) por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.</p>
	<p>su cometimiento dará lugar para que el Servicio Nacional de Contratación Pública, ponga en</p>

	conocimiento dicha infracción de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes
<p>Artículo 52.1</p> <p>[...] Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos precontractuales; para el efecto, las entidades contratantes remitirán trimestralmente al organismo nacional responsable de la contratación pública, un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía, así como los nombres de los contratistas.</p> <p>Si el organismo nacional responsable de la contratación pública llegare a detectar una subdivisión de contratos o cualquier infracción a este artículo, lo pondrá en conocimiento de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes.</p>	No se prevé una sanción, se deberá remitir el caso a la Contraloría General del Estado.
<p>La Disposición General Segunda.- PROHIBICIONES.- Se prohíbe que las entidades contraten a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra.</p>	No se prevé una sanción.
<p>La Disposición General Segunda.- PROHIBICIONES.-</p> <p>El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley.</p> <p>Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional</p>	[...] Si de la subdivisión de la contratación se determina un perjuicio al Fisco, la Contraloría General del Estado removerá del cargo a los funcionarios o empleados que tomaren tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.
<p>Inciso 5 del Artículo 99</p> <p>[...]. el servidor público, empleado u obrero de una empresa pública, o quien tenga relación laboral con el Estado a través de las entidades a las que se refiere el artículo 1 de esta Ley, luego del debido proceso pertinente por el hecho de aceptar invitaciones, viajes de observación, giras promocionales, atenciones sociales, invitaciones institucionales o promocionales, o cualquier otro tipo de evento solventado por el oferente o contratante, para sí, para miembros de su familia o terceros a nombre del servidor público,</p>	Será causal de cesación de funciones por destitución o desvinculación sin derecho a indemnización alguna, tanto en el régimen común como en el especial [...].

empleado u obrero de una empresa pública o quien tenga relación laboral con el Estado, lo que será sancionado de conformidad con la Ley correspondiente.	
Dentro del artículo 99 inciso 6 se prohíbe a las entidades contratantes “incluir en el presupuesto referencial y en el precio del contrato los costos de cualquier reunión de trabajo, visita, inspección, recepción, proceso de capacitación, transferencia de conocimiento, entre otros.”	No se prevé una sanción.

No obstante de la falta de sanciones, no implica o quiere decir que los funcionarios y servidoras públicos obligados acatar lo dispuesto en éste artículo, no van a ser sujetos de sanción pues seguido del artículo 14 tenemos lo dispuesto en el artículo 15 que prescribe:

Art. 15.- Atribuciones de los Organismos de Control.- Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.

Siendo por lo tanto obligación del Servicio Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley.

De esta manera de conformidad a los artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que disponen:

Art. 45.- Responsabilidad administrativa culposa.- La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta ley.[...].”

Art. 46.- Sanción por faltas administrativas.- Sin perjuicio de las responsabilidades civil culposa o penal a que hubiere lugar, los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa previstas en el artículo anterior, originadas en los resultados de las auditorías, serán sancionados, con multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere

lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley. [...]”

La Contraloría General del Estado, será el encargado de sancionar a los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa, determinada según el grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales.

No nos queda claro si los legisladores previeron ésta circunstancia de manera voluntaria, es decir no establecieron las sanciones a las que habría lugar por la inobserancia del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por la cobertura que sobre estos presupuestos existe en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado o en su defecto nuestra Ley presenta un vacío legal evidentemente alejado del cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad señalados en éste capítulo.

De la revisión a los artículos constantes en el cuadro precedente se colige que las sanciones que los servidores públicos recibirían serán aquellas establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y por la Ley Orgánica del Servicio Público, de ésta última su aplicación resultará compleja pues dentro de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, al no constarse con la tipificación de sanciones y por lo tanto con la determinación del grado de afectación que provoca el cometimiento de cada infracción, y su división entre infracciones leves, y graves, hace que en la práctica la aplicación de la potestad disciplinaria en contratación pública se vea limitada e incluso nula.

Para entender de mejor manera la gravedad del asunto enunciaremos el artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Art. 42.- De las faltas disciplinarias.- Se considera faltas disciplinarias aquellas acciones u omisiones de las servidoras o servidores públicos que contravengan las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en la República y esta ley, en lo atinente a derechos y prohibiciones constitucionales o legales. Serán sancionadas por la autoridad nominadora o su delegado.

Para efectos de la aplicación de esta ley, las faltas se clasifican en leves y graves.

a.- Faltas leves.- Son aquellas acciones u omisiones realizadas por descuidos o desconocimientos leves, siempre que no alteren o perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público.

Se considerarán faltas leves, salvo que estuvieren sancionadas de otra manera, las acciones u omisiones que afecten o se contrapongan a las disposiciones administrativas establecidas por una institución para velar por el orden interno, tales como incumplimiento de horarios de trabajo durante una jornada laboral, desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral; salidas cortas no autorizadas de la institución; uso indebido o no uso de uniformes; desobediencia a instrucciones legítimas verbales o escritas; atención indebida al público y a sus compañeras o compañeros de trabajo, uso inadecuado de bienes, equipos o materiales; uso indebido de medios de comunicación y las demás de similar naturaleza.

Las faltas leves darán lugar a la imposición de sanciones de amonestación verbal, amonestación escrita o sanción pecuniaria administrativa o multa.

Pese a la tipificación de lo que se podría considerar como una falta leve ninguna guarda relación con la contratación pública y de manera general el legislador en su denominación de falta leve deja un ámbito sumamente importante demasiado amplio, pues en base a que se valora si el cometimiento de una falta leve amerita una amonestación verbal, escrita o multa, se debería entonces indicar que:

El incumplimiento de horarios de trabajo durante una jornada laboral, el desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral y salidas cortas no autorizadas de la institución, será sancionado con una amonestación verbal y su reincidencia con una amonestación escrita.

El uso indebido o no uso de uniformes, la desobediencia a instrucciones legítimas verbales o escritas y la atención indebida al público y a sus compañeras o compañeros de trabajo, serán sancionadas con amonestación escrita, su reincidencia será considerada como falta grave.

El uso inadecuado de bienes, equipos o materiales y el uso indebido de medios de comunicación, será sancionado con multa.

Es importante señalar que lo anteriormente expuesto únicamente es un ejemplo pues la determinación de la sanción por la infracción cometida como ya hemos indicado debe ser producto de un análisis más profundo y cumplimiento del principio de proporcionalidad, lo que se desea sin embargo dejar en evidencia es que la norma no es tan clara como debería ser.

b.- Faltas graves.- Son aquellas acciones u omisiones que contraríen de manera grave el ordenamiento jurídico o alteraren gravemente el orden institucional. La

sanción de estas faltas está encaminada a preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por las servidoras y servidores públicos y se encuentran previstas en el artículo 48 de esta ley. La reincidencia del cometimiento de faltas leves se considerará falta grave. Las faltas graves darán lugar a la imposición de sanciones de suspensión o destitución, previo el correspondiente sumario administrativo. En todos los casos, se dejará constancia por escrito de la sanción impuesta en el expediente personal de la servidora o servidor.

Para el caso de la faltas graves se presenta la misma situación, no se establece con claridad en qué casos la autoridad nominadora debe imponer una sanción de suspensión o destitución, esto no quiere decir que no existan disposiciones legales en las que claramente se señale que la sanción que debe recibir el servidor por acción u omisión debe ser destituido como lo exponemos más adelante, pero en el análisis que realizamos de este numeral el legislador desde mi punto de vista no aclara las circunstancias que deberían acontecer para considerar que una acción u omisión altera gravemente el orden institucional.

En el ámbito de contratación pública podemos establecer un ejemplo práctico. En el caso que un Responsable de la Coordinación Administrativa Financiera de una institución, competente por delegación de su máxima autoridad, para autorizar el gasto en contrataciones por ínfima cuantía, pero en aplicación de este tipo de contratación elude procesos de contratación, se desconoce si ésta infracción es considerada como una falta leve o grave, dejando a la máxima autoridad la posibilidad de que arbitrariamente considere que el hecho se trate de una falta grave y sancione al funcionario con la sanción aplicable a ese tipo falta, hecho que contraviene los principios de tipicidad y proporcionalidad debidamente analizados, a más de que la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, remite las infracciones en contratación pública, a la Contraloría General del Estado, por lo que poco o nada se podría hacer al interior de la institución, excepto en los casos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé como sanción la destitución la cual podrá ejecutarse a través de un sumario administrativo, se fuera del caso.

3.3.1 Infracciones relativas a los proveedores del Estado

Las disposiciones que sobre este subtema se encuentran previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública refleja como la potestad sancionadora de la Administración Pública se aplica en la Contratación Pública, será

aquí donde los principios enunciados deben sobresalir, es aquí donde el legislador debe plantear con claridad el bien jurídico que protege, que acciones por parte de los proveedores serán consideradas ilícitas y que sanción percibirán producto de su cometimiento.

Si bien el Título VI de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé las infracciones de los proveedores, existen otras distribuidas a lo largo de dicha norma, que serán debidamente expuestas.

Como bien se señaló no solo la multa puede considerarse una sanción, sino también las medidas de suspensión, tal es así que los proveedores del Estado que recayeran en las siguientes infracciones, se verán desprovistos de su habilitación en el Registro Único de Proveedores, de conformidad a lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 19.- Causales de Suspensión del Registro Único de Proveedores.- Son causales de suspensión temporal del Proveedor en el RUP:

1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido;
2. No actualizar la información requerida para su registro por el Servicio Nacional de Contratación Pública, suspensión que se mantendrá hasta que se realice la actualización correspondiente; y,
3. Haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 100 de esta Ley.

Una vez superadas las causas o los tiempos de sanción previstos en los numerales anteriores, el Servicio Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite.

Es causa de suspensión definitiva de un proveedor en el RUP haber entregado para su registro información adulterada, siempre que dicha situación haya sido declarada en sentencia ejecutoriada de última instancia.

En los procesos de Consultoría conforme el inciso segundo del artículo 100 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 100.- Responsabilidad de los consultores.- Los consultores nacionales y extranjeros son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad, dentro de los términos contractuales, las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios.

Si por causa de los estudios elaborados por los consultores, ocurrieren perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos, establecidos por la vía judicial o arbitral, la máxima autoridad de la Entidad Contratante

dispondrá que el consultor sea suspendido del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones aplicables.

En el caso de ejecución de obra, asimismo serán suspendidos del Registro Único de Proveedores por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de su responsabilidad civil, los consultores que elaboraron los estudios definitivos y actualizados si es que el precio de implementación de los mismos sufre una variación sustancial a la prevista, por causas imputables a los estudios, siempre y cuando dicho perjuicio haya sido establecido por la vía judicial o arbitral.

La garantía con la que cuenta la entidad contratantes es que si producto de un mal estudio ocurren perjuicios técnicos o económicos durante la ejecución de los contratos, cuyas especificaciones técnicas y presupuesto referencial se estableció considerando lo dispuesto por el consultor en su estudio, este hecho provocará que el consultor sea sancionado con una suspensión del RUP de cinco años.

En este punto es necesario traer a colación lo dispuesto en la Resolución la Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, mediante la cual el Director del Servicio Nacional de Contratación Pública, resuelve expedir la codificación y actualización de las resoluciones emitidas por dicho organismo respecto a las Normas de contratación de consultoría para los estudios de ingeniería y diseño definitivo que incluyen la prestación de servicios de asesoramiento para la ejecución de obra pública, en su artículo 288, dispone que:

Art. 288.- Condiciones para la recepción definitiva de las consultorías.- Recibidos los estudios de ingeniería y diseño definitivo, en el Acta de Entrega Recepción Definitiva se hará constar una obligación condicional suspensiva que contenga lo siguiente:

1. La aceptación del consultor individual o firma consultora de mantener la obligación condicional suspensiva de suscribir un contrato de asesoramiento con la entidad contratante de la obra, durante el plazo de cinco (5) años contados a partir de la recepción definitiva de los estudios de ingeniería y diseño definitivo, independientemente de que la contratante de la obra sea o no la contratante de los estudios. El Consultor acepta con ello, que suscribirá el contrato de asesoría en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, hecho que extingue la obligación condicional.

4. La aceptación del consultor que realizó los estudios de ingeniería y diseño definitivo respecto a que, en caso de negarse a suscribir el contrato de asesoramiento o no comparecer ante la entidad contratante de la obra en el término de quince (15) días posteriores a la notificación para que dé cumplimiento de su obligación condicional suspensiva, la entidad contratante de los estudios lo declarará como contratista incumplido y notificará al Servicio Nacional de Contratación Pública para que lo suspenda por cinco años del Registro Único de Proveedores -RUP, así como demandará judicialmente la

ejecución de la garantía de asesoramiento y la indemnización de daños y perjuicios.

Es necesario aclarar que la suscripción de un contrato de asesoramiento con el consultor encargado del estudio de ingeniería y diseño no se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cómo tampoco se encuentra previsto que la no suscripción del mismo por parte del consultor permitirá a la entidad contratante declararlo como contratista incumplido, el cobro de garantías y el inicio de una demanda civil por daños y perjuicios.

Independientemente de lo conveniente o no que puede resultar esta Resolución para los consultores respecto a esta obligación me corresponde afirmar que el Servicio Nacional de Contratación Pública no solo que asume la posición de legislador al tipificar como infracción la no suscripción del contrato de asesoramiento sino que además determina la sanción a imponerse y crea una vinculación post contractual o de ejecución al Consultor que realizó el estudio de ingenierías y estudio, situación que evidencia el no acogimiento del principio de legalidad pues el SERCOP no está facultado para esto.

En cuanto a las infracciones establecidas en el artículo 106, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé,

Art. 106.- Infracciones de proveedores.- A más de las previstas en la ley, se tipifican como infracciones realizadas por un proveedor, a las siguientes conductas:

- a. No actualizar la información en el Registro Único de Proveedores dentro del término de diez días de producida la modificación;
- b. Participar en uno o más procedimientos de contratación, sin estar habilitado en el Registro Único de Proveedores, salvo que se trate de un procedimiento exento de este requisito;
- c. Proporcionar información o realizar una declaración errónea respecto de su calidad de productor nacional; y,
- d. Utilizar el portal para fines distintos de los establecidos en la ley o el reglamento.

De conformidad al artículo 107, la sanción que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación establece por el cometimiento de estas infracciones es la suspensión en el Registro Único de Proveedores por un lapso entre 60 y 180 días y en caso de ser sancionada con suspensión en el mismo registro de entre 181 y 360 días, sin perjuicio de las demás sanciones, que para cada infracción, se establezcan en las respectivas normas.

Al no establecerse la proporcionalidad entre la infracción y la sanción que amerita, queda a discreción establecer de 60 o 180 días de suspensión del RUP, y lo propio en caso de reincidencia, situación que de acuerdo a los conceptos analizados en cuanto a la tipicidad dentro de la Ley no debería presentarse.

3.3.2 Infracciones concurrentes

De conformidad a los artículos 23 y 64 existen infracciones cuyo cometimiento puede acarrear sanciones a los servidores públicos y a los proveedores al mismo tiempo presentándose dos casos:

- 1.- Cuando se haya celebrado un contrato con expresa prohibición de la ley y esto causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.
- 2.- Cuando en aplicación de los estudios éstos ocasionaren perjuicios, la máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas.

Durante la ejecución de un proceso de contratación pueden presentarse al mismo tiempo situaciones en las que tanto el proveedor como el servidor público están en la obligación de velar por el debido cumplimiento de las normas dispuestas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De tal manera que si luego de un proceso de consultoría se procedió con la suscripción del Acta de Entrega Recepción definitiva, documento que da fe de la recepción a conformidad por parte de la entidad del estudio contratado, los miembros de la Comisión que se integra para ese efecto deberá responder solidariamente cuando la aplicación del estudio ocasiona perjuicios, así como la máxima autoridad y funcionarios que hayan participada en la fase precontractual y contractual, o en el caso de que todo el proceso haya avanzado cuando la ley lo prohíbe, los funcionarios y proveedores a quienes el desconocimiento de la norma nos les exime de culpa, debían vigilar que el proceso se encuentre ajustado a la norma.

3.4 Procedimiento de aplicación de sanciones a contratistas del Estado

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 108 prevé lo que podría considerarse como procedimiento de aplicación de sanciones sin

embargo lo dispuesto en este artículo prevé únicamente que el SERCOP notificará al proveedor de haber tenido conocimiento del cometimiento de cualquiera de las infracciones previstas en el artículo 106 de la Ley, para que en el término de diez días haga uso de su derecho a la legítima defensa, luego de lo cual el SERCOP procederá con la emisión de la Resolución motivada que corresponda, en ese sentido se entendería que la aplicación de la sanción (suspensión del RUP), le corresponde únicamente al SERCOP., pese a que dicha atribución no consta en el artículo 10 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o el artículo 6 del Reglamento General de aplicación.

En el caso del establecimiento de multas, como sanción contractual dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no se establece un procedimiento como tal, se señala únicamente la obligatoriedad de que los contratos de manera obligatoria contendrán una cláusulas de multas, las mismas que de aplicarse deberán ser parte del expediente del contrato y que las mismas pueden impugnarse en sede administrativa, judicial o arbitral.

Si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el numeral 1 del artículo 19, prevé como sanción la suspensión del Registro Único de Proveedores por 3 años en caso de ser declarado adjudicatario fallido, y 5 años por contratista incumplido, luego de la notificación de terminación unilateral, no se menciona un procedimiento sancionador como tal únicamente la sanción es impuesta en virtud a la emisión de los actos administrativos correspondientes.

3.4.1 Procedimiento de aplicación de sanciones a servidores o funcionarios públicos.

En el caso de la sanción de destitución a los servidores por los casos expuestos anteriormente la Ley no prevé procedimiento alguno, entendiendo que el procedimiento será el previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público, en el caso de iniciar un sumario administrativo en el caso de servidores con nombramiento y en el caso del contrato de servicios ocasionales o nombramientos de libre remoción, bastará la emisión de la acción de personal respectiva mediante la cual se notifica al servidor respecto a la decisión de la autoridad nominador de dar por terminado el contrato o el nombramiento.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la Disposición General Primera, señala:

PRIMERA.- INFRACCIONES A LA LEY.- Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días.

Por lo que el ente competente para sancionar las infracciones previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que el procedimiento será el previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para el establecimiento de responsabilidades, previa ejecución de un examen especial, lo que nos lleva necesariamente a comentar que el plazo fijado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para establecer la sanción, no se ajusta a la realidad pues los exámenes especiales que realiza la Contraloría General del Estado, se planifican anualmente y todo el proceso en sí suele tomar más de 30 días.

La Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cierra la posibilidad de que una entidad pueda sancionar a un servidor aplicando la potestad disciplinaria, en primer lugar porque la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no prevé las sanciones que deben aplicarse en caso de infracciones o inobservancia de sus disposiciones; y en segundo lugar porque aquello podría dar lugar a la inobservancia del principio Non bis in ídem, pues por el mismo hecho el servidor o funcionarios recibiría una sanción al interior de su organismo y luego por la Contraloría General del Estado.

Al respecto considero pertinente que sea únicamente la Contraloría General del Estado la llamada a establecer sanciones a los servidores y funcionarios públicos, pero aquello que si se vuelve necesario es que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación prevea las sanciones que la Contraloría debe aplicar, tomando en consideración los principios de legalidad, proporcionalidad y tipicidad.

En el caso de sanciones establecidas por el Servicios Nacional de Contratación Pública, para proveedores que comentan las infracciones previstas en el artículo 106, considero que debe ser una potestad expresa dentro de la norma.

3.4.2. Alcance de la potestad sancionadora del Servicio Nacional de Contratación

Como bien se señaló, los artículos 107 y 108 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevén las sanciones aplicarse en caso del cometimiento de cualquier de las infracciones establecidas en el artículo 106 de la mencionada Ley, así como la potestad del SERCOP en resolver dicho cometimiento, pese a que no cuenta expresamente con la atribución de establecer sanciones, entendiéndose que el legislador optó por facultarle la potestad de sancionar los proveedores exclusivamente en los casos señalados en el artículo 106, aunque desde mi punto de vista conforme el principio de legalidad de la Administración Pública, esta facultad debería establecerse en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sin embargo lo que motivó el planteamiento del presente subtítulo, parte de la afirmación de que el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, tiene potestad sancionadora, afirmación establecida en virtud a la revisión de un caso concreto suscitado en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, representado por su Alcalde, ingeniero Bayron Napoleón Cadena Oleas, quien mediante Oficio No. SERCOP-SDG-2015-0115-OF, de 29 de enero de 2016, fue notificado por Christian Andrés Murgueytio Jeria, Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación Pública, con la Resolución adoptada por dicho servidor público, respecto a la “SUSPENSIÓN DEFINITIVA” de los procedimientos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014, CTO-GADMR-006-2014 Y CTO-GADMR-007-2014., cuya documentación completa consta en el Anexo III, del presente trabajo, por lo cual traeremos a colación de manera sucinta los siguientes antecedentes:

Mediante Oficio No. SERCOP-CZ-2015-0050-O, de 13 de enero de 2015, el ingeniero Alexander Valverde Paredes, Coordinador Zonal 3 Tungurahua remite observaciones al proceso CTO-GADMR-007-2014, al ingeniero Bayron Napoleón Oleas, Alcalde del Cantón Riobamba, Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, en los siguientes términos:

Entidad Contratante: GOBIERNO AUTÓNOCMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN RIOBAMBA

Código del procedimiento: CTO-GADMR-007-2014.

Objeto del Procedimiento: CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO PLUVIAL BARRIOS CISNEROS Y RETAMAL DE TAPI

Estado del Procedimiento: En curso

Provincia / Cantón: CHIMBORAZO / RIOBAMBA

Presupuesto Referencial (sin IVA): USD 262,630.97

Tipo de Compra: Obra

Tipo Contratación: Cotización

Fecha de Publicación: 2014-12-31 17:00:00

(...) De la revisión del pliego del procedimiento precontractual, de la información publicada en el portal institucional del SERCOP, sobre el análisis y formulado por la Coordinación Zonal 3 del Servicio Nacional, de Contratación Pública, se ha observado lo siguiente:

RIESGO: CPC

HALLAZGOS: El código del Clasificador Central de Productos CPC con el que se publicó el procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP es el “532900011” que corresponde a ‘OTRAS OBRAS DE INGENIERÍA CIVIL’, debiendo señalar que, éste debe ser aplicado únicamente cuando no existe una clasificación que abarque el objeto contractual de la contratación; sin embargo y para el presente caso, existen códigos específicos que se ajustan a la naturaleza de la contratación, por lo que el código más adecuado es, ‘542510012 CONSTRUCCION DE REDES URBANAS DE ALCANTARILLADO’. Consecuentemente, la selección de un código CPC incorrecto se traduce en que las invitaciones al proceso lleguen a oferentes que se encuentran inscritos en servicios diferentes a los requeridos por la Entidad Contratante y contraviniendo de esta manera los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad.

INFORMACION / ACCION REQUERIDA: Dar respuesta al hallazgo formulado.

RIESGO: Cronograma del procedimiento en el pliego

BASE LEGAL: Art. 31 de la LOSNCP, Art. 22 del RGLOSNCP, Resolución INCOP 54-20 11

HALLAZGOS: El numeral 3 de la convocatoria del pliego del procedimiento de contratación no determina la fecha ni la hora en la que los proveedores presentarán sus ofertas. Ante lo cual la Entidad no ha considerado lo dispuesto en el modelo de pliego de uso obligatorio para las Entidades Contratantes emitido por el SERCOP que en su parte pertinente señala “... En consecuencia, la entidad contratante asume la responsabilidad por los ajustes y/o modificaciones realizadas a las condiciones particulares del presente pliego, así como por la determinación y aplicabilidad de los formularios previstos para el presente procedimiento, y reemplazará todo texto que conste en paréntesis por el contenido pertinente”. Si bien la fecha constan en el cronograma del portal institucional del SERCOP, la Entidad Contratante dentro de la fase de preparación de un proceso de contratación, debe elaborar el pliego, que de acuerdo al artículo 6 numeral 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP-, son los “Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública”. Es decir, las fechas y horas de control para el cronograma del procedimiento debieron ser programadas de acuerdo a la planificación institucional y, revisadas previamente a la creación y publicación del procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP para que exista total coherencia entre las fechas indicadas en el Portal con lo que consta en el pliego del procedimiento. (...)

INFORMACIÓN / ACCION REQUERIDA: Dar respuesta a los hallazgos formulados. El titular de la Entidad Contratante o representante legal de la misma, es el responsable de recibir y contestar este informe, en el término de siete (7) días. La falta de contestación a esta petición, o la ambigüedad en la respuesta en el término señalado, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley.

Con la contestación, o sin ella vencido el término legal señalado, el SERCOP tomará las medidas correspondientes, sin perjuicio de las acciones contempladas

en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Mediante Oficio No. 0063-ALC-2015, de 27 de enero de 2017, el ingeniero Napoleón Cadena, Alcalde del GAD Riobamba, remite sus argumentos a cada uno de los hallazgos encontrados por el Coordinador Zonal 3 del SERCOP Tungurahua, en un total de 13 fojas, bajo los sustentos legales y técnicos respectivos.

Sin embargo de ello, Mediante Oficio No. SERCOP-SDG-2015-0115-OF, de 29 de enero de 2015, dirigido al ingeniero Bayron Napoleón Cadena Oleas, Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación, señala:

(...) Concomitantemente, el numeral 4 del Art. 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prevé que las instituciones del Estado, funcionarios y demás servidores, actúen dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá, entre otras cosas, a que se coordine y complemente con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores. En orden a los antecedentes expuestos, de la supervisión efectuada, se concluye que la Entidad Contratante NO ha desvanecido los hallazgos reportados por la Coordinación Zonal 3 de este Organismo respecto de los procedimientos signados con los códigos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014 y CTO-GADMR-006-2014 y, no podrá remediar, corregir o subsanar idénticas inobservancias establecidas respecto del procedimiento signado con el código CTO-GADMR-007-2014.- En virtud de las consideraciones expuestas, en mérito de la delegación, concedida por el Señor Director General mediante resolución Nro. SERCOP-R1-0000127-2014 de 17 de Febrero de 2014, inherente a la competencia para dar por concluidos los procesos de monitoreo y control iniciados por el SERCOP, que sean tramitadas por la referida Coordinación Zonal, RESUELVO:

1.- A partir de la presente fecha, la SUSPENSIÓN DEFINITIVA de los procedimientos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014, CTO-GADMR-006-2014 y CTO-GADMR-007-2014

2.- Disponer inmediatamente a la Coordinación Nacional de Innovación Tecnológica del SERCOP, la suspensión definitiva en el Portal Institucional de Compras Públicas.

3.- De conformidad con el Art. 15 de la LOSNCP, en caso que corresponda, córrase traslado a

La Contraloría General del Estado el presente expediente.

4.- Notificar a la entidad contratante con el contenido de esta resolución. 5.- De manen supletoria el Coordinador Zonal 3 hará conocer sobre el contenido de esta resolución a la máxima autoridad de la entidad contratante, sin perjuicio de que la comunicación original le sea entregada por el servicio postal regular.

De los documentos citados, se puede observar que el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación sustenta su resolución de la siguiente manera:

(...) 2. Este Organismo ha establecido hallazgos idénticos a los de los procedimientos antes citados con relación al procedimiento signado con el código CTO-GADMR-007-2014, sobre el que, a pesar de no existir todavía un pronunciamiento de la Entidad, se determina y concluye que incurre en las mismas causales de observación.

3. Visto el estado actual de los procedimientos señalados, no te sería posible a la entidad contratante remediar, corregir o subsanar las inobservancias que a continuación se detallan y que, respecto de la evaluación de las ofertas, son transversales a todos los procedimientos.(...).

4.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) articula y armoniza a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos (Art. 1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.)

5.- Corresponde al SERCOP, como entidad de derecho público, técnico, regulatorio y autónomo, ejercer la rectoría del SNCP en conjunto con los principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas para el planeamiento y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. El SERCOP podrá emitir observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, alertas o recomendaciones, que serán de cumplimiento obligatorio para las Entidades Contratantes.

6.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador SOCE es administrado por el SERCOP por mandamiento legal, y es el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un procedimiento de contratación pública.

7.- La Constitución de la República contempla que ningún servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones.

En el capítulo primero de este trabajo se señalaba que dentro de la Organización Jurídico Política del Ecuador, de conformidad a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Servicio Nacional de Contratación Pública entre sus principales atribuciones tiene:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;

5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;

12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;

14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;

Por su parte el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé como atribuciones del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre otras:

1. Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;
3. Supervisar de oficio o pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros;
4. Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.

De la revisión a los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se puede considerar al SERCOP, como el organismos público encargado de precautelar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General; y, sus propias Resoluciones, a través del monitoreo constante y remisión de observaciones a las entidades públicas las cuales serán de cumplimiento obligatorio, pero bajo ningún concepto se le atribuye la capacidad de sancionar, hecho que se estaría efectuado en el caso del GAD Riobamba conforme las siguientes consideraciones.

Siendo la suspensión uno de los mecanismos utilizados por la Administración Pública para sancionar y de esta manera restringir la continuidad de un derecho adquirido se podría considerar que lo resuelto por el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación, fue una sanción al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, representado por su Alcalde, ingeniero Bayron Napoleón Cadena Oleas, limitando a ésta entidad pública continuar con el proceso pues a su consideración la entidad no desvaneció los hallazgos encontrados.

Sin embargo esta afirmación únicamente se realiza en base a la actuación del Servicio Nacional de Contratación Pública representado en este caso por el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación, por lo que es necesario realizar un análisis más amplio respecto de lo resuelto por el SERCOP, análisis que se ceñirá a la resolución como tal y no respecto de los hallazgos encontrados por el SERCOP a través del Coordinador Zonal 3 Tungurahua o de la imposibilidad del GAD Riobamba de desvanecerlos, pues la finalidad es evidenciar si la resolución adoptada tuvo sustento legal o no.

El inciso primero del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

102.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Según el inciso citado la reclamación se encuentra concebida como el mecanismo mediante el cual el ciudadano que se considere afectado o que tenga interés directo dentro de un proceso de contratación puede acudir y reclamar ante el Servicio Nacional de Contratación Pública la afectación de la cual se considera víctima. En este caso el SERCOP deberá investigar si existen indicios de incumplimiento de las normativa que rige la contratación pública, de ser así notificará a la máxima autoridad las observaciones correspondientes y será la máxima autoridad la competente para disponer la suspensión del proceso por el plazo de siete días, tiempo en el cual podrá presentar ante el SERCOP los descargos respectivos.

El inciso segundo y tercero ibídem prevén:

Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

Al término de los siete días será potestad de la máxima autoridad implementar las ratificaciones es decir reconocer que hubo omisiones dentro del proceso, o no acoger las observaciones y continuar con el proceso, lo cual posiblemente se produzco si conforme un análisis técnico y legal, no existieron tales omisiones.

Mientras que el inciso tercero limita la actuación del SERCOP únicamente a sugerir las medidas para corregir el proceso o sugerir la suspensión definitiva del procedimiento precontractual.

La revisión y analices de los incisos primero, segundo y tercero del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se vuelve indispensable toda vez que el Oficio No. SERCOP-CZ-2015-0050-O, de 13 de enero

de 2015, en ningún momento el Subdirector General del Servicio Nacional de Contratación Pública señaló dicho artículo y aun así en el numeral 1 de la parte resolutive manifiesta:

En virtud de las consideraciones expuestas, en mérito de la delegación, concedida por el Señor Director General mediante resolución Nro. SERCOP-R1-0000127-2014 de 17 de Febrero de 2014, inherente a la competencia para dar por concluidos los procesos de monitoreo y control iniciados por el SERCOP, que sean tramitadas por la referida Coordinación Zonal, RESUELVO:

1.- A partir de la presente fecha, la SUSPENSIÓN DEFINITIVA de los procedimientos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014, CTO-GADMR-006-2014 y CTO-GADMR-007-2014

Vulnerando desde mi punto de vista el principio de legalidad que todo organismo público debe cumplir de manera estricta, caso contrario se entendería que cualquier autoridad pública podría resolver un hecho puesto a su conocimiento de manera arbitraria y caprichosa.

Adicionalmente tal como se había observado el inciso tercero del artículo 102 señala: El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

Por lo tanto la competencia que tiene el SERCOP se limita a sugerir las medidas necesarias para rectificar el proceso y si lo considera necesario sugerir la suspensión definitiva, en ningún momento se le faculta disponer o resolver la suspensión definitiva de un proceso.

Otro de los aspectos que llaman la atención del procedimiento resuelto por el SERCOP, es que el GAD Riobamba jamás recibió una reclamación de algún proveedor interesado en el proceso, circunstancia que justifica la actuación del SERCOP, sin embargo en los procesos publicados por el GAD Riobamba no hubo reclamación alguna, conforme lo señalado por el mismo SERCOP en su oficios, como lo indicado en la entrevista realizada al Jefe de Contratación del GAD Riobamba, abogado Víctor Hugo Mejía, que consta en el Anexo I del presente trabajo.

De este análisis se puede concluir que el SERCOP no solo que actuó por fuera de lo que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala respecto a la suspensión definitiva, sino que enuncia disposiciones legales que si bien constan en la Ley ninguna de ellas dispone que el SERCOP podrá resolver una

suspensión, lo cual sustenta la afirmación realizada anteriormente respecto a la inobservancia del principio de legalidad por parte del SERCOP.

En cuanto a la calificación de sanción de la suspensión definitiva, esta sería considerada como tal siempre que así se exprese en la Ley lo cual no sucede, pues del análisis realizado el SERCOP únicamente puede sugerirla, por lo que en aplicación y observancia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la suspensión definitiva está prevista más que como una sanción como una medida que puede adoptar la entidad a fin de subsanar las omisiones que el SERCOP haya establecido, no obstante tomando en consideración el principio de legitimidad de la administración pública si conforme los análisis técnicos y legales la máxima autoridad considera que no existe tales omisiones se encuentre legítimamente amparada en continuar con el proceso, finalmente la entidad competente de establecer responsabilidades por inobservancia a las disposiciones legales es la Contraloría General del Estado.

Es necesario señalar que el SERCOP no dimensiona las consecuencias que su Resolución puede generar al interior del GAD Riobamba o de cualquier otra entidad pública en cuanto al personal a cargo de los procesos al momento de disponer que se suspendan, por ello en la encuesta plateada constante en el Anexo III del presente trabajo, a 49 servidores públicos el 51% señala que en el caso de una suspensión del proceso conforme el artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la máxima autoridad de la entidad contratante puede solicitar el establecimiento de sanciones en contra del servidor o servidores que por su acción y omisión se haya producido la suspensión, lo cual cabría siempre que existan suficientes elementos para el establecimiento de una llamada de atención, pero si la suspensión recomendada por el SERCOP carece de sustento, el establecimiento de sanciones a los servidores encargados del proceso no tendría sustento alguno, además que dicha sanción se extendería hasta la máxima autoridad ya que solidariamente es responsable del proceso de contratación. Otro punto a considerar es que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no prevé si suspendido un proceso la máxima autoridad de la entidad puede iniciar uno nuevo.

Por ello que desde mi punto de vista en caso de inconformidad respecto de un proceso de contratación, los proveedores deberían acudir según lo previsto en los artículos 172 y siguientes del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, como norma supletoria, y acudir a la impugnación de los actos

administrativos que dentro de un proceso se expiden como son la resolución de inicio, adjudicación, cancelación o declaratoria de procedimiento desierto, esto, mientras la Asamblea Nacional promulga el Código Orgánico Administrativo, en cuyo proyecto constan las reglas aplicables a la imposición de recursos administrativos, impugnación y apelación de los mismos, así como todo lo referente al procedimiento sancionador.

Para cerrar este trabajo investigativo, realizaremos un contraste entre la actuación del Servicio Nacional de Contratación Pública, en el caso práctico expuesto anteriormente, con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en lo que al establecimiento de sanciones a los servidores públicos se refiere.

Como sabemos de conformidad al artículo 31 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Contraloría General del Estado, entre otras es el ente encargado de:

1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por si o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como en el ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL).²⁷⁹

En mérito de la atribución señalada en el numeral 1 del artículo 31, el artículo 39 *ibídem* señala expresamente la atribución de la Contraloría General del Estado en cuanto a la determinación de responsabilidades y prevé:

Art. 39.- Determinación de responsabilidades y seguimiento.- A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. (...).²⁸⁰

Del artículo citado se puede observar que la ley dispone de manera clara la sanción que un servidor público recibirá en virtud del establecimiento de una

²⁷⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, en Registro Oficial Suplemento 595, de 12 de junio de 2002: 31.

²⁸⁰ *Ibídem*: 39.

responsabilidad administrativa culposa prevista en el artículo 45; y, en su artículo 46 dispone:

Art. 46.- Sanción por faltas administrativas.- Sin perjuicio de las responsabilidades civil culposa o penal a que hubiere lugar, los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa previstas en el artículo anterior, originadas en los resultados de las auditorías, serán sancionados, con multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley.

Las sanciones se impondrán graduándolas entre el mínimo y el máximo señalados en el inciso anterior de este artículo, debiendo considerarse los siguientes criterios: la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada.²⁸¹

Finalmente el artículo 48 *ibídem* dispone quien será el encargado de ejecutar la sanción de destitución o de multa, otorgándole dicha facultad a la autoridad nominadora de la institución a la que el servidor pertenece, expresando:

Art. 48.- Ejecución e imposición de sanciones.- Las sanciones de destitución o de multa, o ambas conjuntamente, las ejecutará la correspondiente autoridad nominadora de la institución del Estado, de la que dependa el servidor, a requerimiento y por resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. Dicha autoridad informará mensualmente a la Contraloría General del Estado sobre la ejecución de las sanciones y, en su caso, de la recaudación de las multas.

Lo que evidencia que la Contraloría General del Estado, actúa como un tercero imparcial ante la determinación de la sanción pero finalmente la facultad de imponerla se la traslada a la autoridad nominadora como la responsable del accionar del servidor público al interior de su institución.

La Contraloría impondrá la sanción únicamente cuando la autoridad nominadora no la haya impuesto, cuando el servidor que debía recibir la sanción se haya deslindado de la institución o cuando se deba imponérselas a personas de derecho privado o a terceros, conforme se expresa en el inciso tercero del artículo 48.

²⁸¹ *Ibídem*: 46.

Lo más destacado de las disposiciones referidas, es el respeto de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, al principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, principios que como se revisó en el capítulo segundo de este trabajo fijan los límites de la potestad sancionadora que en este caso expresamente la Contraloría General de Estado ostenta, lo cual no puede ser de otra manera considerando la delicada tarea que tiene dicha institución del Estado, pues establecer multas o llegar a determinar que un servidor debe ser destituido no es una tarea simple, más aún en los casos de imposición de glosas cuando se haya determinado una responsabilidad civil o el inicio de un proceso penal si producto de la auditoría se determinaron indicios de responsabilidad penal, por ello que la Contraloría dispone de servidores calificados y especializados en materia de auditoría para que luego de un debido proceso investigativo donde el servidor es una pieza clave pues se respeta su derecho a la defensa, otorgándole un plazo en el cual pueda presentar los debidos descargos, constituye la aplicación de la potestad sancionadora de manera legítima al contrario del Servicio Nacional de Contratación Pública, cuyas funciones distan de la aplicación de la potestad sancionadora.

4. Conclusiones y recomendaciones

4.1 Conclusión general:

- En el Ecuador la potestad sancionadora de la Administración Pública se encuentra constitucionalmente reconocida, su aplicación dependerá del debido cumplimiento de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, durante la etapa de creación de una Ley, que prevea las infracciones y sanciones.

4.2 Conclusiones específicas:

- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, establecen atribuciones para el Servicio Nacional de Contratación Pública, en las cuales no está prevista la potestad sancionadora, motivo por el cual, lo resuelto por dicha institución en el caso práctico expuesto, revela que su actuación fue ilegítima y en el caso del artículo 108, al no encontrarse redactado de manera clara, haría pensar que el SERCOP es

el encargado de establecer la suspensión del RUP al proveedor que recaiga en las infracciones previstas en el artículo 107, sin embargo, como ya se ha manifestado dentro de las atribuciones del SERCOP no se encuentra prevista la potestad sancionadora.

- La inobservancia de las normas establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento de aplicación, resoluciones del SERCOP y más normativa aplicable, acarrea como resultado que la Contraloría General del Estado determine el grado de inobservancia de dichas normas y establezca responsabilidades administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal.
- La Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, faculta a la Contraloría General del Estado la aplicación de sanciones por el cometimiento de las infracciones por parte de servidores o funcionarios públicos, restringiendo la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público.
- Los servidores, dignatarios y autoridades del Servicio Nacional de Contratación Pública, deben ejecutar exclusivamente las competencias que la Ley les atribuya, por lo tanto no cabe que dicho organismo resuelve respecto de la suspensión definitiva de un proceso, considerándose ésta no como una sanción hacia la entidad, si no como una medida mediante la cual la máxima autoridad de la entidad contratante cuida los intereses de los particulares.
- Al interior de las instituciones públicas, en virtud a los modelos obligatorios de contratos emitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública, los funcionarios se han limitado a establecer como única sanción contractual la multa, y ésta última es fijada de manera mecánica sin que exista una verdadera valoración técnica del perjuicio que cada día retraso pueda ocasionar a la entidad.
- El Servicio Nacional de Contratación Pública, ha emitido Resoluciones que no se rigen o ajustan a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, vulnerando la disposición constitucional relativa al orden jerárquico de la norma y la sujeción que una norma de rango inferior debe tener frente a una de rango superior, así también vulnera el principio de legalidad previsto en la Constitución en lo relacionado a la reserva de ley que tiene el establecimiento de sanciones.

4.3 Recomendaciones

- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como el cuerpo legal que recoge las disposiciones que rigen la contratación pública en el Ecuador, debe establecer las infracciones y sanciones en materia de contratación pública en un solo apartado, recogiendo aquellas que son aplicables a los proveedores, así como a los servidores públicos.
- Se requiere de la reforma al artículo 14 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de establecer las sanciones que la Contraloría General del Estado debe aplicar.
- Se requiere reformar el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, atribuyéndole expresamente la potestad de sancionar a los proveedores que incurran en cualquier de la infracciones previstas en el artículo 106, de la mencionada Ley.
- Se requiere la actualización del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de establecer de manera clara el procedimiento que se deberá seguir para la aplicación de la suspensión temporal o definitiva de los procesos de contratación, evitando así una actuación arbitraria por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública.
- la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deberá recoger la sanción a los consultores, prevista en el artículo 288 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016.
- El Servicio Nacional de Contratación Pública debe limitar su actuación a las competencias que en este caso la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Reglamento le atribuyen, preservando o garantizado el principio de seguridad jurídica, legalidad, tipicidad, etc.
- Se requiere contar con una norma que abarque en términos generales la potestad y procedimiento sancionador, por ello que la actuación de la Asamblea Nacional en la culminación del proceso de aprobación del Código Orgánico Administrativo, es fundamental para el desarrollo de nuestra materia.
- Se requiere que la Asamblea Nacional proceda con la reforma de la Ley Orgánica del Servicio Público, de tal manera, que los derechos que la

Constitución de la República del Ecuador a favor de los ciudadanos sean debidamente observados a favor de los servidores públicos y los proveedores, pues no se cuenta con un procedimiento claro para el establecimiento de las sanciones.

- Si bien los modelos de pliegos son de uso obligatorio, las entidades no deben limitarse a éste, al momento de establecer las sanciones contractuales, pues su función principal es precautelar los intereses y recursos públicos, pues como bien se señala en la norma, son modelos a seguir.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO ESQUIVEL Miguel de Jesús, Manual de Derecho Tributario (México: Editorial Porrúa, 2008)
- ARCE VEGA María Arnáez, La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas. Foro: Boletín JADO, Año X, No. 22 (diciembre de 2011)
- ARIÑO ORTIZ Gaspar y otros, Derecho Administrativo y Regulación Económica (Madrid: Editorial, LA LEY, 2011), 442
- BALLADARES SABALLOS Reynaldo y SOMARRIBA JARQUÍN Francisco, Derecho Tributario (Nicaragua: Universidad Centroamericana, 2010)
- BANDEIRA Celso Antonio de Mello, Curso de Direito Administrativo (Sao Paulo: Editorial Malheiros, 1998)
- BARRANCO VELA, Rafael El principio de participación en las leyes de servicios sociales (Alicante: Cuadernos de Trabajo Social, 1993)
- BERCAITZ, Miguel A. Teoría general de los contratos administrativos (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980).
- BETANCOURT Fernando Derecho Romano Clásico, (Sevilla: GRAFITRÉS S.L. UTRERAS, 2007)
- BORJA Rodrigo, Derecho político y constitucional (México: Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición 1991)
- BRAVO DE LA ORDEN Carlos, La Administración a las 7 (España: INAP, 2015)
- CAMPAGNO Marcelo, Estudios sobre parentesco y Estado en el Antiguo Egipto (Buenos Aires: Editorial Signos, 2006)
- CARRASCO Iriarte Hugo, “Temas Selectos de Derecho Administrativo” (Editorial Porrúa: Argentina, 2011)
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, “Teoría General del Estado”, (México: D.R. Fondo de Cultura Económica, 1998)
- CAZORLA PRIETO Luis María, Temas de Derecho Administrativo (Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1983)
- CORDERO QUINZACARA Eduardo, El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. Foro: Revista de Derecho, Vol. XXV, No. 2 (diciembre de 2012)

- CHASE PLATE Luis, Los contratos públicos (Paraguay: Intercontinental, 1998)
- DROMI José Roberto, Manual de derecho administrativo, (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1987)
- DROMI Roberto, Licitación pública (Buenos Aires: ASTREA, 1985)
- ESCUADERO Herrera Concepción, Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso administrativo y sus soluciones, (Madrid: Dykinson, 2005)
- ESPEJO Eugenio, Voto de un ministro togado de la Audiencia de Quito, en Teoría del Estado, Estudio de Derecho Constitucional, Serie “Estudios Jurídicos”, Vol. 8, Julio
- FARRANDO Ismael y otros, Contratos Administrativos, (Buenos Aires: ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L., 2001)
- FERNÁNDEZ RUIZ Jorge, Derecho Administrativo, (México: Editorial McGraw Hill, 1997)
- FERRADA Juan Carlos, La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado. (Ponencia, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, “Acto y procedimiento administrativo”, Universidad Católica de Valparaíso, s.f.); y Eduardo Soto Kloss, La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno, Foro: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, No. 3 (Septiembre-diciembre de 1988)
- FIAMMA OLIVARES Gustavo, El régimen administrativo tutelado (Chile: Gaceta Jurídica, No. 71, 1986), 8; y Eduardo Cordero Quinzacara, La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley N° 19.880. (Ponencia, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, “Acto y procedimiento administrativo”, Universidad Católica de Valparaíso, s.f.)
- GARCÍA Orlando – Herreros, Manual de Administración Pública, (Bogotá: Fondo de Publicaciones 1995)
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás, Curso de Derechos Administrativo, (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2011)
- GARRIDO Fernando, PALOMAR Alberto, LOSADA Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, volumen I , décima cuarta edición, (Madrid: Editorial Tecnos, 2005)
- GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, El derecho Disciplinario como una Especie del Derecho Sancionador, con varias Manifestaciones Diferenciadas de uno y otro (Colombia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2010)

- GUERREO CELI Francisco, Introducción a la acción coactiva (Quito: Edición Electrónica, 2015)
- GSCHNITZAR Fritz, Historia Social de Grecia desde el período micénico hasta el final de la época clásica (Sevilla: Ediciones Akal S.A., 1987)
- HERRERA BARBOSA Benjamín, Contratos Públicos, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez LTDA., 2004)
- HUAPAYA Tapia Ramón y otros, Potestades y prerrogativas en los contratos públicos en el Derecho peruano: bases para su caracterización en el Ordenamiento Jurídico peruano. (Lima: Palestra Editores, 2012).
- IDROBO Arciniega Marco, La Contratación Administrativa, (Quito: Editorial Epoca, 1984)
- JELLINEK George, Teoría General del Estado (Buenos Aires: Editorial Albatros, 1978).
- LACHANCE Louis, El derecho y los derechos del hombre (Madrid: Editorial Rialp, 1979)
- LINDE PANIAGUA Enrique, Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos (Madrid: COLEX Editorial, 2012)
- LORENZO Martín y RETORTILLO Baquer, coord., La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez (Madrid: Editorial Civitas, 1993)
- LOZANO CUTANDA BLANCA, “Diccionario de Sanciones Administrativas”, (Madrid: Iustel, 2010)
- MANTECA VALDELANDE Víctor, Las potestades administrativas: régimen general; y ZAMBONINO PULITO María, Apuntes de Derecho Administrativo.
- MARIENHOFF, Miguel Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1983)
- MAQUIAVELO Nicolás, El Príncipe (Barcelona: Espasa-Calpe S.A., 1984)
- MÉNDEZ MANFREDINI Aparicio, Teoría del Órgano (Montevideo: Amalio M. Fernández, 1971)
- MENDOZA Mario Blacutt, El desarrollo local complementario (Oregon: University of Oregon, 2015)

- MORALES TOBAR Marco, Manual de Derecho Administrativo (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP, 2001)
- MUÑOZ MACHADO Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, (Madrid: Isustel, 2011)
- NIETO Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador (Madrid: Editorial Tecnos, 1994)
- OSSA Arbeláez Jaime, Derecho Administrativo Sancionador, Bogotá: LEGIS S.A., Segunda Edición, 2009)
- PANTOJA BAUZÁ Rolando, El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994)
- PARADA Ramón, Derecho Administrativo I, (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2010)
- PAREJO ALFONSO Luciano, Lecciones de Derecho Administrativo (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002)
- PEÑAFIEL VILLARROEL Jaime, Inseguridad jurídica en la ejecución de la sanción administrativa en la terminación unilateral del Contrato Administrativo, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, (versión digital, 2008).
- PLASENCIA SÁNCHEZ Félix, Manual de Derecho Administrativo, (Pamplona, Aranzadi, Tercera Edición, 2013)
- PROAÑO CALLE Verónica Estefanía, Inconvenientes en la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por la profusión de procedimientos precontractuales, (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica), 2010, (versión digital.)
- ROMERO César Enrique, Técnicas políticas: formas de Estado y formas de Gobierno (Buenos Aires: DIALNET, 1975)
- SÁNCHEZ MORÓN Miguel, La participación del ciudadano en la Administración Pública (Madrid: CEC, 1981)
- SECAIRA DURANGO Patricio, “Curso Breve de Derechos Administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004)
- SUAY RINCÓN José, colaborador en la obra de LOZANO CUTANDA Blanca, Diccionario de Sanciones Administrativas, (Madrid: Iustel, 2010)
- SCMITZ Thomas, La integración en la Unión Supranacional (Baden: Gottingen, 2001)

- SAYAGUÉS LASO Enrique, Tratado de Derecho Administrativo Tomo I (Montevideo: Martín Bianchi, 2002)
- TAJA TAME, Antonio El papel de la evaluación en la gestión pública (Puebla: Órgano Superior de Fiscalización, 2001)
- TORRES Galo, Terminación Unilateral de Contratos Administrativos, (Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Edición Trama, 1996)
- TRUJILLO V Julio César, Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994)
- UGARTE Pedro Salazar, El Estado moderno en México (México: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2012)
- VILLAR PALASÍ José Luis, Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General I (Madrid: Editorial Dykinson, 1977)
- VILLORO Luis, Multiculturalismo y derecho en Antropología jurídica, Esteban Krotz Ed. (México: Anthropos, 2002)

Leyes Aplicables

- Ecuador: Asamblea Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial 449 (Quito, 20 de octubre de 2008) última reforma 21 de diciembre de 2015.
- Ecuador: Congreso Nacional, Codificación del Código Civil, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (Quito, 24 de junio de 2005) última reforma 22 de mayo de 2016.
- Ecuador: Asamblea Nacional, Código Orgánico de la Función Judicial 2009, en Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (Quito, 9 de marzo de 2009) última reforma 22 de mayo de 2015.
- Ecuador: Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en Registro Oficial, Suplemento, No. 52 (Quito, 22 de octubre de 2009), última reforma 22 de mayo de 2016.
- Ecuador: Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial 395, (Quito, 04 de agosto de 2008), última reforma 18 de diciembre de 2015.
- Ecuador: Asamblea Nacional, Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial, 642, Quito, 27 de julio de 2009.

Ecuador: Congreso Nacional, Ley de creación del Servicio de Rentas Internas, publicada en Registro Oficial 206 (Quito, 02 de diciembre de 1997), última reforma 12 de septiembre de 2014.

Ecuador: Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento, 588, (Quito, 12 de mayo de 2009), última reforma 6 de julio de 2016.

Ecuador: Presidencia de la República, Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, Decreto Ejecutivo 3179, en Registro Oficial 686, (Quito, 18 de octubre de 2002)

Ecuador: Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Artículo, en Registro Oficial No. 536, (Quito, 18 de marzo de 2002) última reforma 08 de abril de 2015.

Ecuador: Presidencia de la República, La Anticorrupción como Política de Estado, Decreto Ejecutivo 122, en Registro Oficial 25 (Quito, 19 de febrero de 2003).

Ecuador: Consejo Nacional de Planificación, Plan Nacional de Desarrollo denominado Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 -2017, Resolución No. 002, Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

Ecuador: Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE- SERCOP- 2016-0000072, de 31 de agosto de 2016.

Comunidad Autónoma del País Vasco: Ley 2/198 de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

España: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Otras Fuentes

ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL, Principios de organización y actuación de la Administración Pública. Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento (Castilla-La Mancha: Junta de Comunidades, 2009)

LINDA PANIAGUA ENRIQUE, Fundamentos de Derecho Administrativo del derecho del poder al derecho de los ciudadanos, 4ta Edición Madrid, COLEX Editorial, 2012.

Publicaciones de Internet

- DURÁN, Augusto Justicia Indígena”, en
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho-constitucional/2014/11/24/justicia-indigena>
- BADÍA, Juan Fernando, El Estado Unitario,
<file:///C:/Users/Paola/Downloads/Dialnet-ElEstadoUnitario-1705426.pdf>.
- CÁRDENAS, César Augusto, “La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, del cantón Cañar.”
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>
- CARRETO, Julio, Introducción a la Administración (México: Edición Electrónica, 2014), <<http://upointroadmon.blogspot.com/2007/07/caractersticas-de-laadministracin.html>>
- CORDERO Quinzacara Eduardo, Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno en
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, Lección 1. El Derecho Administrativo (Madrid: Edición Electrónica, 2014), en <<http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion1.pdf>>.
- ELOÍSA Pérez Andrés, Derecho Administrativo I (España: Edición Electrónica, 2014), en
<https://www.academia.edu/5597261/TEMA_8_FTOS>
- GUERRERO Celi Francisco
<http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/introduccion_a_la_accion_coactiva_2.pdf>.
- MARCHÁN Maldonado, Juan Manuel, Compras Públicas: ¿Qué es o qué hace el SERCOP? (Quito: Edición Electrónica, 2014),
<<http://www.pbplaw.com/que-es-y-que-hace-el-sercop/>>.
- MONTES Freddy Vicente, Potestad Sancionadora y Procedimiento Administrativo Sancionador, en
http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/potestad_sanci.pdf

OSPINA Palacios Amalia, EL GRAN SILENCIO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA, en <https://lalineadefuego.info/2012/09/11/el-gran-silencio-de-la-participacion-ciudadana-por-amalia-ospina-palacios/>

PIDRAHITA H – Moreno, Camilo La Dignidad Humana (Ecuador: Edición Electrónica, 2011) en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoshumanos/2011/08/16/la-dignidad-humana>.

RAMÍREZ Millán, Jesús, Derecho Constitucional Sinaloense, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1461/5.pdf>

ZAMBONINO Pulito María, Apuntes de Derecho Administrativo I (Cádiz: Universidad de Cádiz, 2014), 1., en <http://www.derechoadministrativo.com/2014/07/clasificacion-potestades-administrativas.html>

Páginas WEB

Asamblea Nacional

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyesaprobadas?leyesaprobadas=Al1&title=&fecha=&page=7>

Boletines de Prensa – SERCOP,

<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/la-compra-publica-es-apoyo-para-la-industria-nacional-y-asi-lo-ratifican-gremios-productivos/>

Boletín de Prensa No. 96 en http://www.cpccs.gob.ec/?mod=foro_post&id=3271

Declaración Universal de los Derechos Humanos en

<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres. INEC,

<http://www.ecuadorencifras.gob.ec/violencia-de-genero/>

Herramienta para Promover la Participación Ciudadana, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social,

<http://www.cpccs.gob.ec/docs/Estructura/Participaciooon/CARTILLAS%203%20HERRAMIENTAS%20DE%20PARTICIPACION/cartilla%202%20-%20Transparencia%20-%202.pdf>

Plan Nacional del Buen Vivir, <http://www.buenvivir.gob.ec/presentacion1>

Pública—Resultados—Consejos Consultivos,

<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/resultados/>

Servicio Nacional de Contratación Pública,

<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/denuncia-presentada-por-sercop-permitio-detencion-de-una-persona-por-supuesto-caso-de-trafico-de-influencias/>

Diario El Telégrafo,

<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/operativo-eslabon-92-desarticula-a-banda-que-manipulo-sistema-virtual-de-sercop>

Procuraduría General del Estado, <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/815-estado-ecuatoriano-iniciara-las-acciones-de-repeticion-por-pago-a-chevron>

ANEXOS

Anexo 1. Entrevista

Anexo 2. Encuesta

Anexo 3. Caso práctico

Anexo I

Entrevista

Antecedentes:

Con fecha 05 de septiembre de 2015, en las oficinas de la Jefatura de Contratación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Riobamba me recibe el economista Víctor Hugo Mejía, Jefe de Contratación del GAD Municipal Riobamba, quien de manera previa supo informarme que el SERCOP a través de la Coordinación Zonal 3, dispuso la suspensión definitiva de seis (6) procesos de contratación, publicado por el GAD Municipal de Ambato en aplicación del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cuestionario:

Entrevistadora: 1.- ¿Desde su gestión cuantos procesos han sido resueltos por el SERCOP con una suspensión definitiva?

Entrevistado: En lo que va dentro de nuestra gestión que ya se contabilizarían como 13 meses a partir del mes de enero de éste año hasta el mes de abril tuvimos 6 suspensiones definitivas específicamente en 4 cotizaciones de obra y 2 licitaciones

Entrevistadora: 2.- ¿Lo que significó que ustedes entre enero y abril no pudieron ejecutar el presupuesto destinados para esos procesos?

Entrevistado: Efectivamente porque dentro de estos 6 procedimientos, estaba la mayor cantidad de presupuesto institucional el presupuesto mayor está destinado para la obra pública y eso nos causó bastante retraso tanto como ejecución del presupuesto, gestión y el tema mismo de atender a la ciudadanía con las obras que la demandan

Entrevistadora: 3.- ¿En qué mes lograron adjudicar los procesos que les suspendieron?

Entrevistado: Toda estas suspensiones se dieron en el mes de abril y nosotros los retomamos en el mes de mayo nuevamente se levantó la información y se lograron adjudicar los primeros días del mes de julio

Entrevistadora: 4.- ¿Qué plazos tienen esos proceso?

Entrevistado: En promedio tendrían 180 días de ejecución porque son obras bastante grandes son construcciones de colectores básicamente

Entrevistadora: 5.- ¿En este caso a ustedes si les afecto el tiempo que duró las suspensiones o el proceso que duró hasta las suspensiones definitivas porque

considerando en plazo con que inician el proceso van a poder evidenciar una ejecución hasta 180 días después?

Entrevistado: Efectivamente que en contratación pública si bien es cierto la etapa precontractual establece mínimos y máximos en tiempos pero solamente contabiliza eso cuando ya nos trasladados a la realidad debiéramos tomar un tiempo inicial y un tiempo final y que eso a la final siempre trae demora más porque con las recomendaciones que nos hicieron de las supervisiones que nos cayeron nosotros tuvimos prácticamente arrancar desde cero es decir toda la construcción del pliego cómo concebíamos una metodología, la asignación por puntajes fue prácticamente iniciar desde cero todos los proyectos para no correr ese riesgo de que nuevamente SERCOP suspenda estos procesos

Entrevistadora: 6.- ¿En un porcentaje cuanto considera que afectó la ejecución del Municipio éstas suspensiones?

Entrevistado: En tema de presupuesto yo consideraría que nos afectó un 22% de retraso de ejecución del presupuesto

Entrevistadora: 7.- ¿Según la norma en el artículo 102 dice que el Servicio Nacional de contratación pública notificará de éste particular es decir si es que encontró algún tipo de observación o incumplimiento de la ley del reglamento a la máxima autoridad de la entidad contratante quien dispondrá la suspensión del proceso, en el caso de las suspensiones que estuvieron la dispuso su máxima autoridad?

Entrevistado: No, el procedimiento de las suspensiones se dio por cuenta del SERCOP cómo lo hicieron primero generaron formulación de hallazgos para que nosotros desvanecamos los hallazgos o también denominado observaciones a los pliegos aduciendo que se estaban afectando los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley. Efectivamente nosotros procedimos a dar respuesta dentro del término establecido a cada uno de los hallazgos estos hallazgos se dispusieron de manera individual en 6 documentos pero nuestra sorpresa fue de que después de los hallazgos llegaron notificaciones indicándonos que había ya la suspensión definitiva por cuanto nosotros no habíamos desvanecido estos hallazgos lo cual si nos llamó la atención porque como usted bien dice el artículo 102 de la Ley de Contratación Pública establece otro procedimiento que es que la máxima autoridad es quien puede disponer la suspensión más no el Servicio de Contratación Pública y para nuestro caso así se dio el proceso fue el SERCOP quien suspendió y no lo suspendió a través de una Resolución solamente nos llegó un Oficio a través del Sistema QUIPUX notificándonos a través de éste particular .

Entrevistadora: 8.- ¿Ustedes tuvieron conocimiento de que si estos procesos suspendidos por el SERCOP directamente hubo un reclamo de alguna persona de algún proveedor?

Entrevistado: También tratamos de recabar esa información porque la verdad imagínese de que le detengan la gestión en el tema de la publicación y más bien ya de ejecución de obra acá en la Municipalidad nosotros hicimos esa gestión tratamos de identificar por parte del SERCOP le había llegado alguna queja de pronto algún reclamo por parte de algún contratista inclusive lo solicitamos para que nos trasladen conocimiento y nosotros también ver que es de pronto en que habíamos fallado o de pronto ver a manera de algún contratista u oferte a ver si es que habíamos vulnerado algún derecho de participación pero no tuvimos esa respuesta y nos dijeron que todo era por cuanta de ellos dado que ellos mantienen una matriz de supervisión, ésta matriz de supervisión de acuerdo a lo que nos indicaban tiene ciertas disposiciones con las cuales ellos proceden hacer este control a la entidades contratantes y recuerdo que el elemento básico de la supervisión es que si un procedimiento publicado por una entidad contratante supera los 250.000 automáticamente ellos lo consideran como un procedimiento de riesgo para la metodología de ellos 250.000 en adelante es un proceso sujeto a riesgo por el monto y en base a eso es que procedieron con las supervisiones.

Entrevistadora: 9.- Sin embargo que el 102 indica que todo este proceso y esta fase de suspensión sea temporal o definitiva debe arrancar por parte del SERCOP siempre y cuando exista un reclamo de alguna persona que se encuentre interesada directamente dentro de proceso entonces únicamente en el ámbito de supervisión aplicaron el 102

Entrevistado: Así es efectivamente dentro de todo momento ellos siempre solamente hacía mención a la supervisión bajo la figura primero de los principios al cumplimiento de los principios contenidos en la ley y después la suspensión definitiva se basó solamente en el 102, desconociendo repito si hubo interés directo por parte de un oferente participante en conocer sobre alguna una anomalía que haya sido dispuesta o contenida en el pliego.

Entrevistadora: 10.- ¿Por parte de su máxima autoridad debido a las reiteradas ocasiones en las que suspendían los procesos hubo algún tipo de acciones en contra de los funcionarios encargados de los procesos?

Entrevistado: Eso es lo único que pensaría que de pronto de una máxima autoridad entiende que se están generando algunas dificultades más que todo demoras trabas y no la efectividad que se desea en un proceso de contratación uno pensaría que de pronto la máxima autoridad va a pedir sanción o a tomar alguna acción disciplinaria en contra de los funcionarios por suerte en nuestro caso el señor Alcalde supo comprender nos reuníamos con él para analizar lo documentos le presentamos toda la información que fue publicada a través de la plataforma, cómo se elaboró los pliegos a través de las respectivas comisiones técnicas y el de buena manera comprendía que y más bien el nos acompañó en todo éste proceso para tratar de superar ésta época que la vivimos en cuanto al control y supervisión que mantuvo el SERCOP

Entrevistadora: 11.- ¿Finalmente que lograron en las reuniones con el SERCOP para poder finalizar y poder avanzar en sus procesos?

Entrevistado: Como nosotros ya vimos que no era suficiente la respuesta a través de los documentos y como lo hicimos llegar a través de manera formal dentro de los términos establecidos en base a las consultas formuladas por parte del SERCOP específicamente para nuestro caso acá quien nos supervisa es la Coordinación Zonal 3 que tiene la sede en la ciudad de Ambato nosotros tomamos la decisión de trasladarnos directamente hacia la ciudad de Quito para pedir una cita para conversar con el Director Ejecutivo y pues pedir alguna respuesta y más que todo una solución llegar acuerdos programáticos y de pronto llegar a una solución y para esto no se siga repitiendo porque aquí lo único que perdía era la ciudadanía porque no se estaba viendo el avance de la obra y así fue pedimos una cita con el señor Director Ejecutivo allá en la ciudad de Quito el economista Santiago Vásquez que a propósito de esto estaba recién posesionado en su cargo nos recibió con toda la amabilidad y le planteamos los casos después se hizo una segunda cita en el cual ya hubo el careo o se podría llamar el conversatorio con la gente que supervisaba nuestros procesos desde la Zona 3 Tungurahua el señor Director del SERCOP al final hizo las veces de un mediador y se tomaron ciertas resoluciones como que la Zona 3 de un mayor acompañamiento en lugar de mas bien tener una actitud ya de sancionadora y más bien sea una actitud de alerta de prevención para que si nosotros necesitamos alguna asesoría en cuanto a la publicación de un pliego cuando sea de manera especial las obras que son de considerables cuantías y son presupuestos elevados pues la zona 3 con su personal técnico sea quien nos dé ese acompañamiento y ese soporte para poder canalizar los procesos de mejor manera

Entrevistadora: 12.- ¿Cuándo superaron los temas de las suspensiones que apoyo específico recibieron de la Coordinación Zonal?

Entrevistado: El apoyo fue que en primera medida mantuvimos una reunión acá en las instalaciones del Municipio tuvimos una jornada el señor coordinador zonal asistió con gente de capacitación recibimos una pequeña charla pero nosotros más bien aprovechamos la visita de los funcionarios y más bien que la reunión se dé de otra manera y la reunión se desarrolló en el sentido de más bien cuales fueron aquellos aspectos que de acuerdo a la visión de la zona 3 estaba de pronto teníamos que mejorar en los aspectos repito técnicos legales económicos metodología para nosotros construir nuestros pliegos y así fue como se desarrolló la reunión, en esa reunión se quedó de acuerdo que cuando nosotros necesitemos nuevamente retomar esos procedimientos que fueron suspendidos el Coordinador Zonal iba a darnos una revisión anticipada a los pliegos, entonces se quedó en que él iba a tener conocimiento primero de éstos pliegos que el iba hacer una revisión dar ciertas sugerencias si es que hay algo que cambiar para poder tener el pliego definitivo y así fue como salió esto. Los procesos que fueron suspendidos se los canalizo de esa manera, primero tuvimos ese acercamiento con el señor Coordinador el revisó esto y después nos dio se podría decir ese visto bueno, el supervisó los pliegos y ahora la realidad es que nosotros ta tenemos adjudicados estos procedimiento.

Entrevistadora: 13.- Sin embargo que eso no es competencia del SERCOP, imagínese que por cada proceso necesitemos un aval de los pliegos sea de la coordinación o sea de la matriz del SERCOP al haber alguna observaciones el Coordinador no tendría ningún tipo de responsabilidad más realizó algo que le corresponde de manera exclusiva a la máxima autoridad según la ley porque es el que aprueba los pliegos.

Entrevistado: A nosotros también nos parece una práctica en la cual nosotros no estuvimos muy de acuerdo al inicio por cuanto la responsabilidad meramente recae sobre los funcionarios que formamos parte del procedimiento de contratación con la máxima autoridad a la cabeza los técnicos la gente que tiene las claves de la administración de la plataforma pero esa fue la única solución que nos pudieron dar por parte de la Dirección Ejecutiva trasladarnos hacia las oficinas de la coordinación zonal en Ambato y que sea el coordinador zonal quien haga una revisión previa a la publicación de los pliegos, como usted dice no es una práctica común, inclusive no está normado en ningún procedimiento pero fue la única respuesta que nosotros pudimos encontrar.

Entrevistadora: 14.- ¿Cómo motivaron legalmente subir esos procesos que habían sido suspendidos?

Entrevistado: Ahí podríamos encontrar un vacío en la norma el hecho de retomar nuestros procesos es cuando yo pueda declarar desierto o una declaración que está estipulado en los artículos 33 y 34 donde claramente dispone que se archivará el proceso o se puede disponer la reapertura pero en éste caso la figura de suspensión pues simplemente de acuerdo a la plataforma uno ve el estado del proceso que está suspendido inclusive nosotros para cerrar el proceso no lo podíamos hacer ¿porque en base a qué? hay ausencia de norma si el SERCOP ya a cuenta de ellos suspendieron el procedimiento y en la plataforma no teníamos ninguna normativa primero para cerrar el procedimiento y de pronto después disponer una reapertura entonces simplemente de lo que nos supieron asesor la gente del SERCOP es que hagamos una resolución administrativa nueva de inicio donde se exponga en los considerandos que mediante acto administrativo que estaba contenido en los oficios del SERCOP se dio la suspensión definitiva y en la parte resolutive simplemente se dé paso a una reapertura del proceso.

Y que finalmente el oficio no es un acto administrativo porque no es una Resolución como tal sino más bien es acto de simple administración porque es oficio

Es solo un oficio no contábamos con resoluciones administrativas de suspensión definitiva solamente se generaron oficios que también nos llamó la atención porque estaban suscritos por el subdirector general no lo suscribió el Director General

Anexo II

Encuesta

Con la finalidad de comprobar algunas de las hipótesis planteadas, se procedió con la realización de 49 encuestas a funcionarios públicos de diferentes entidades públicas, contenidas en 12 preguntas, de las cuales se obtuvieron los siguientes resultados:

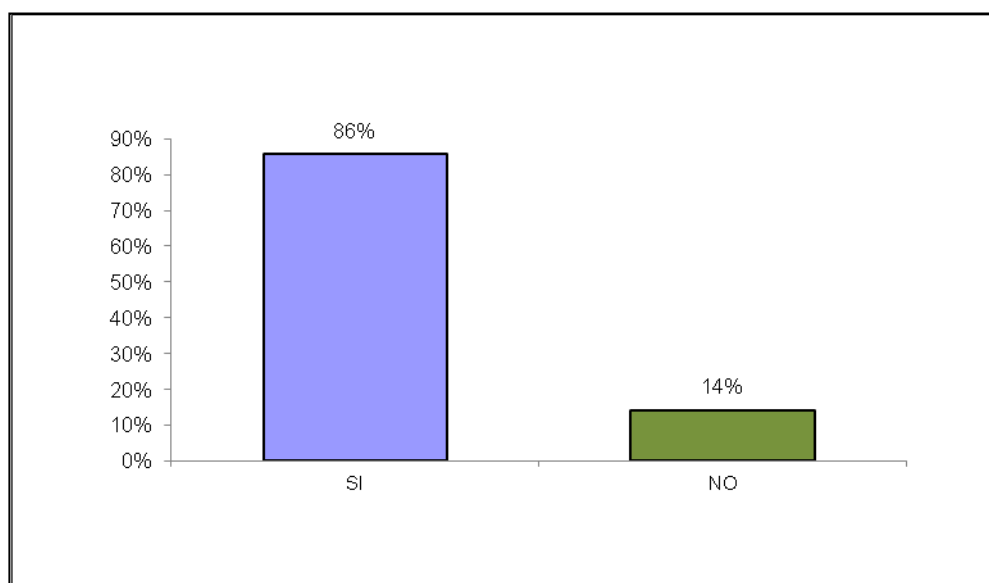
Pregunta 1.- Su perfil profesional se adecuía a las funciones que actualmente desempeña

CUADRO No. 1

Estadísticas de la Pregunta No. 1

OPCION	Nº	%
SI	42	86%
NO	7	14%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 1



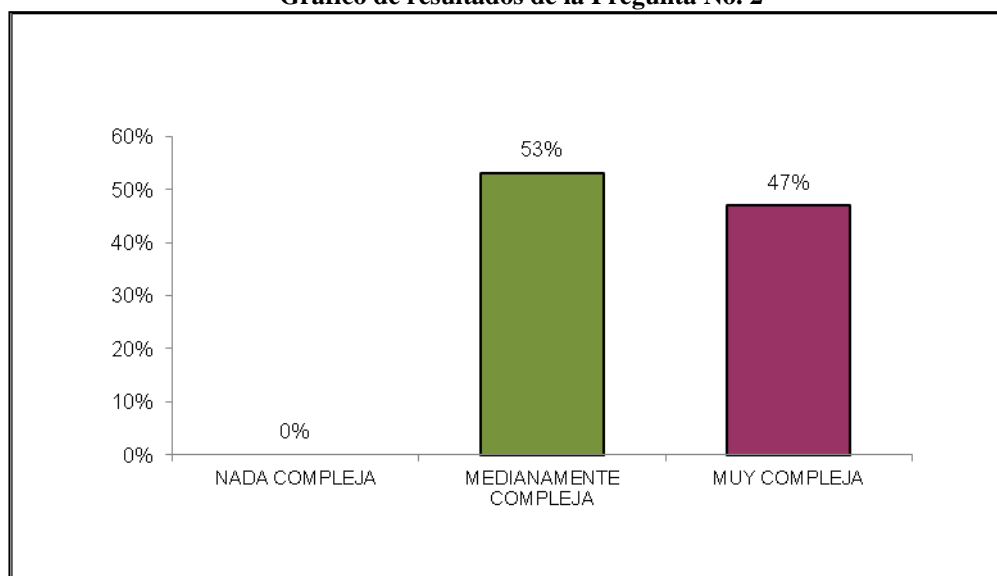
Pregunta 2.- En virtud a las funciones que desempeña en el ámbito de contratación pública, considera esta materia:

CUADRO No 2

Estadísticas de la Pregunta No. 2

OPCION	Nº	%
NADA COMPLEJA	0	0%
MEDIANAMENTE COMPLEJA	26	53%
MUY COMPLEJA	23	47%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 2



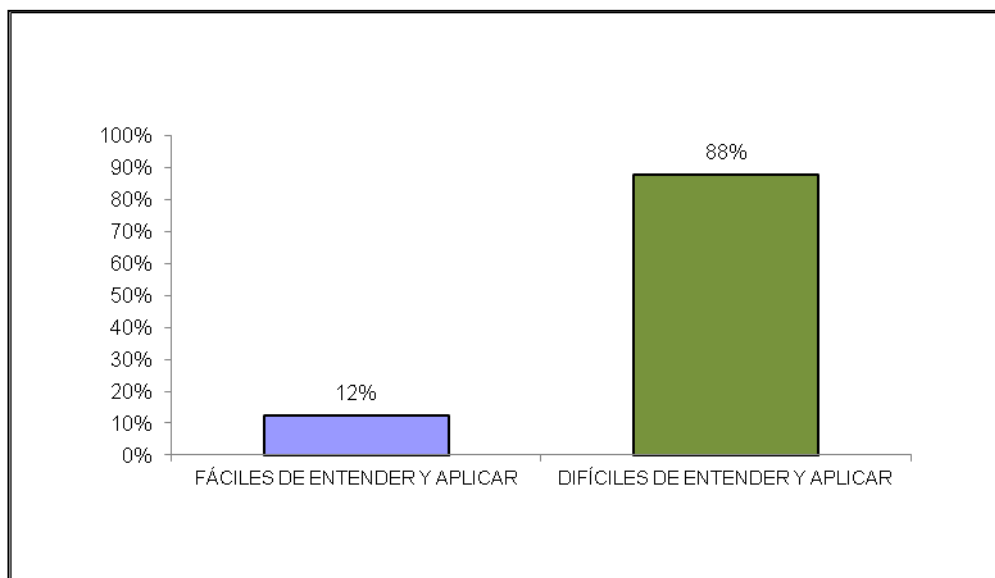
Pregunta 3.- Considera usted que las disposiciones del SERCOP a través de las Resoluciones son:

CUADRO No 3

Estadísticas de la Pregunta No. 3

OPCION	Nº	%
FÁCILES DE ENTENDER Y APLICAR	6	12%
DIFÍCILES DE ENTENDER Y APLICAR	43	88%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 3



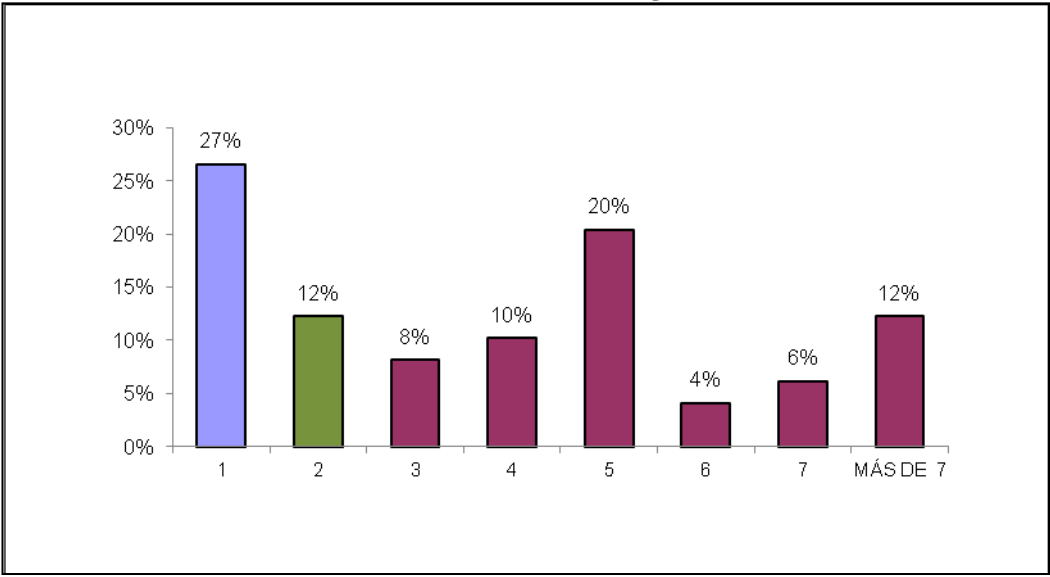
Pregunta 4.- En los últimos 8 años ha cuantos cursos de contratación pública ha asistido

CUADRO No. 4

Estadísticas de la Pregunta No. 4

ALTERNATIVA	POBLACION	RESPUESTAS AFIRMATIVAS	%
1	49	13	27%
2	49	6	12%
3	49	4	8%
4	49	5	10%
5	49	10	20%
6	49	2	4%
7	49	3	6%
MÁS DE 7	49	6	12%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 4



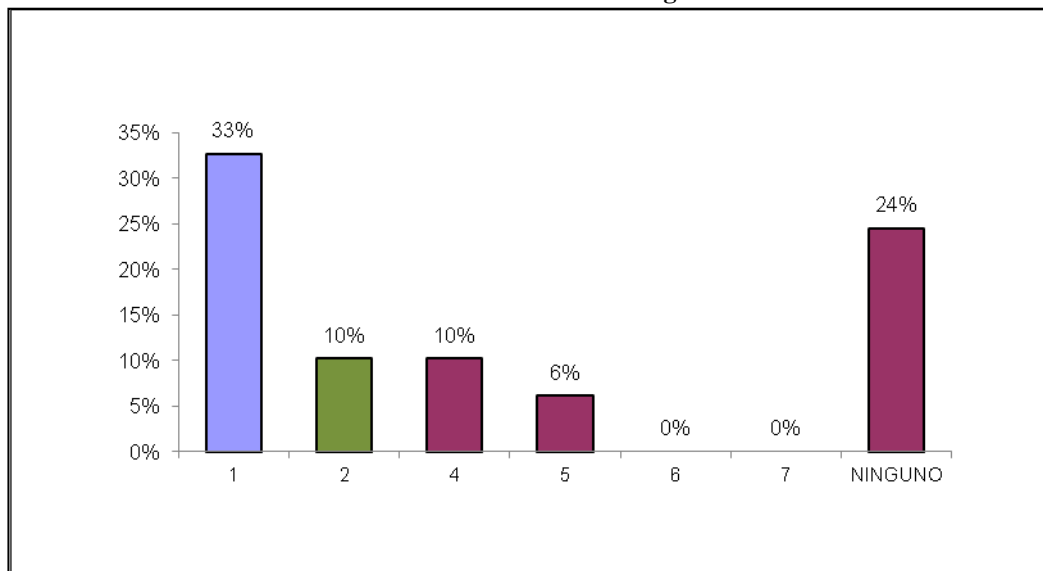
Pregunta 5.- Del número de cursos seleccionados cuantos han sido auspiciados por la Institución en la que se desempeña o desempeñó:

CUADRO No. 5

Estadísticas de la Pregunta No. 5

ALTERNATIVA	POBLACION	RESPUESTAS AFIRMATIVAS	%
1	49	16	33%
2	49	5	10%
3	49	6	12%
4	49	5	10%
5	49	3	6%
6	49	0	0%
7	49	0	0%
MÁS DE 7	49	2	4%
NINGUNO	49	12	24%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 5



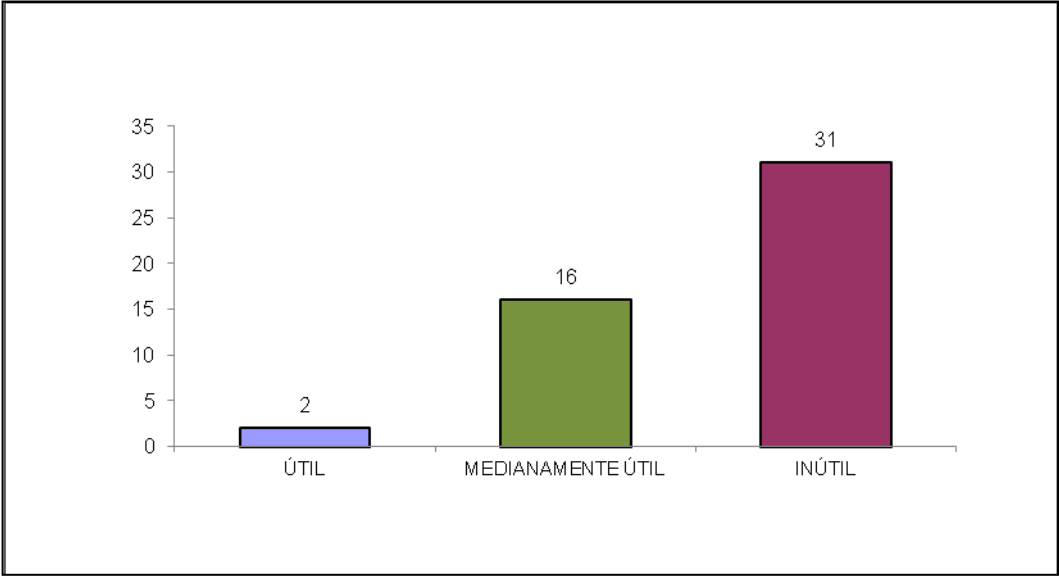
Pregunta 6.- En cuanto a la absolución de consultas a través del call center ECOMPRAS del SERCOP, cómo calificaría este servicio

CUADRO No. 6

Estadísticas de la Pregunta No. 6

ALTERNATIVA	POBLACION	RESPUESTAS AFIRMATIVAS	%
ÚTIL	49	2	4%
MEDIANAMENTE ÚTIL	49	16	33%
INÚTIL	49	31	63%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 6

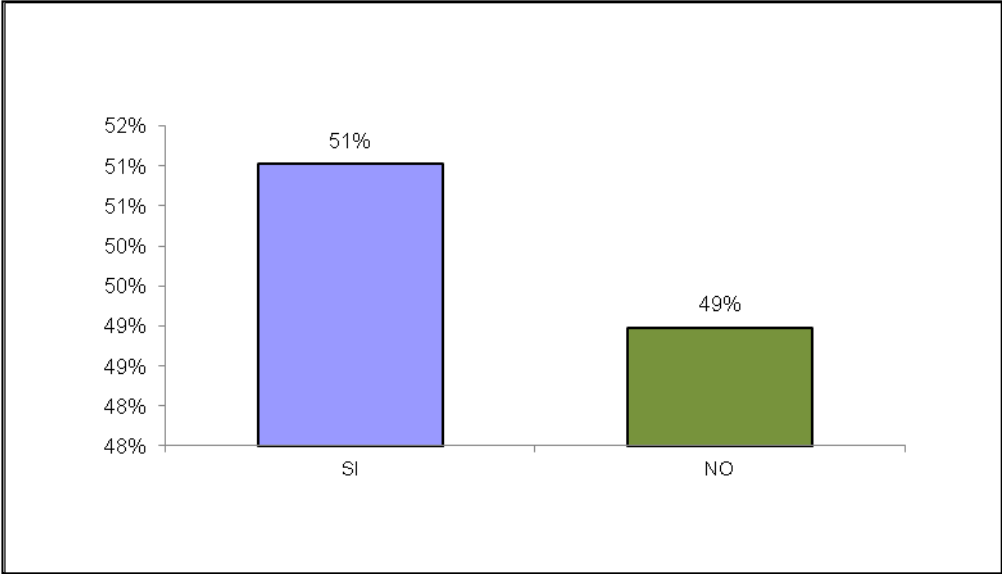


Pregunta 7.- Considera usted que en el caso de una suspensión del proceso conforme el artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la máxima autoridad de la entidad contratante puede solicitar el establecimiento de sanciones en contra del servidor o servidores que por su acción y omisión se haya producido la suspensión.

CUADRO No. 7

Estadísticas de la Pregunta No. 7		
OPCION	Nº	%
SI	25	51%
NO	24	49%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 7



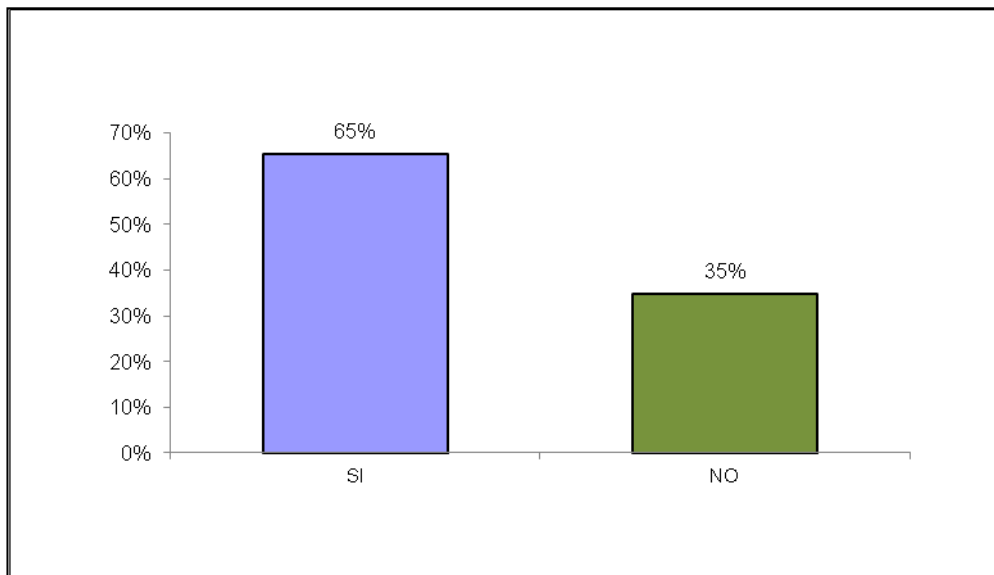
Pregunta 8.- En la entidad en la que usted se desempeña, el establecimiento de multas amerita a un análisis técnico:

CUADRO No. 8

Estadísticas de la Pregunta No. 8

OPCION	Nº	%
SI	32	65%
NO	17	35%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 8

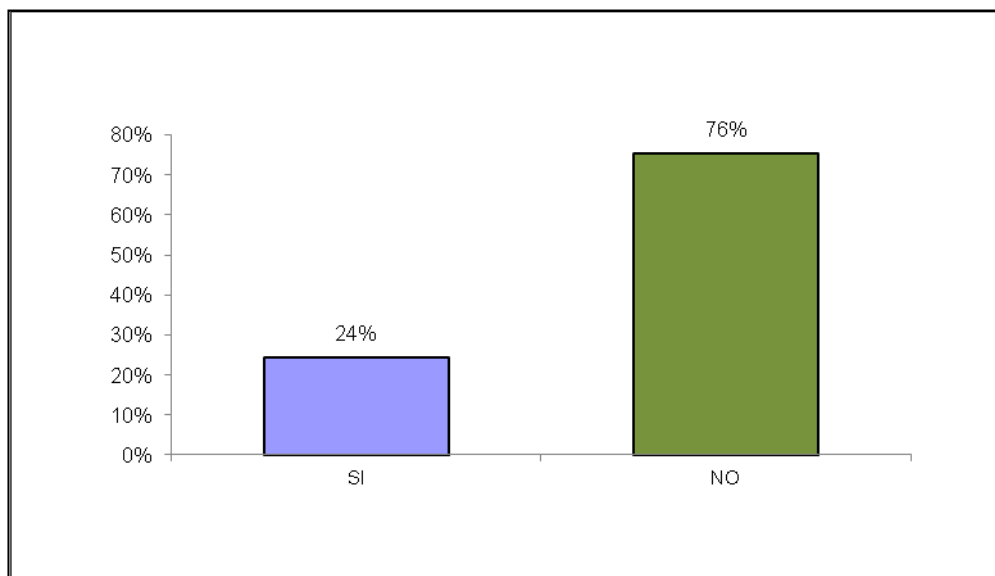


Pregunta 9.- En la entidad en la que usted se desempeña, el porcentaje de variación en la puja dentro de los procesos de Subasta Inversa Electrónica es establecido en virtud a un análisis técnico:

CUADRO No. 9

Estadísticas de la Pregunta No. 9		
OPCION	Nº	%
SI	12	24%
NO	37	76%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 9



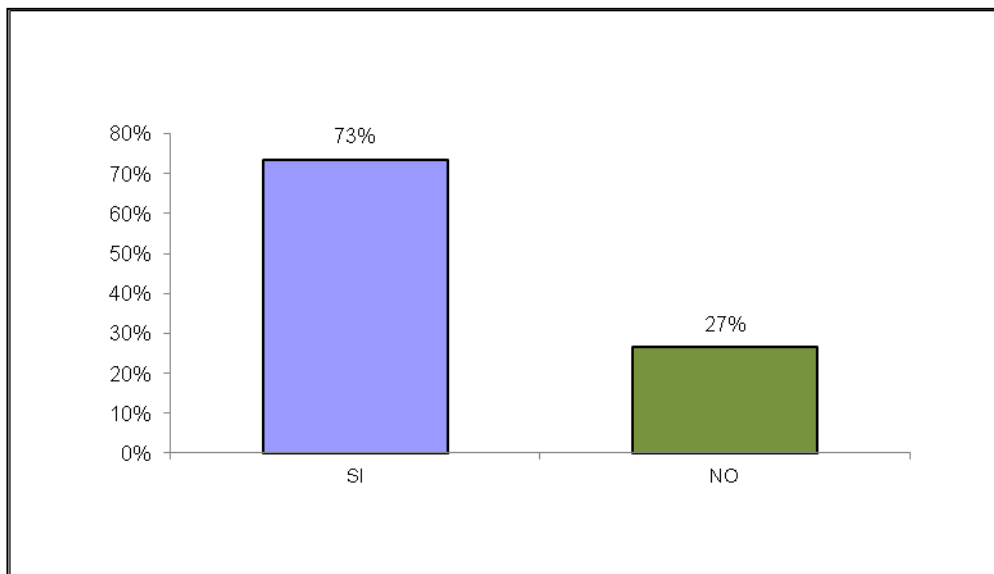
Pregunta 10.- En la entidad en la que usted se desempeña, el establecimiento de otras obligaciones del contratista ameritan a un análisis técnico:

CUADRO No. 10

Estadísticas de la Pregunta No. 10

OPCION	Nº	%
SI	36	73%
NO	13	27%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 10



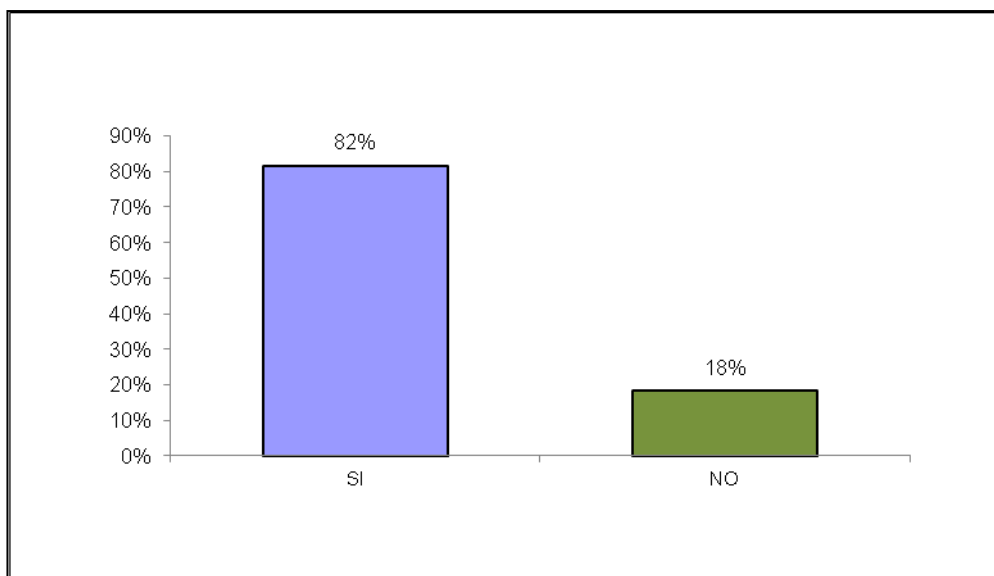
Pregunta 11.- En la entidad en la que usted se desempeña, el establecimiento del plazo contractual ameritan a un análisis técnico:

CUADRO No. 11

Estadísticas de la Pregunta No. 11

OPCION	Nº	%
SI	40	82%
NO	9	18%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 11



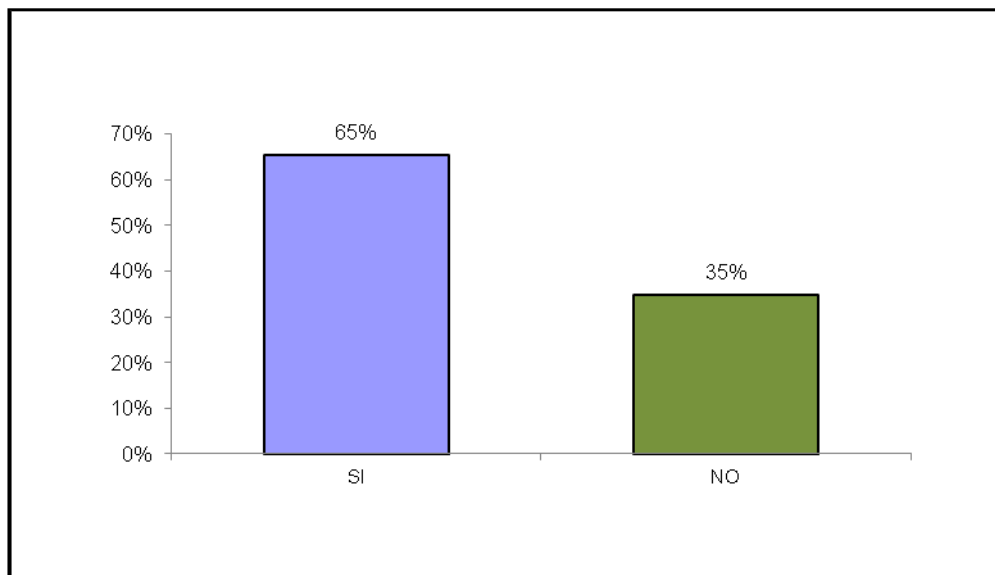
Pregunta 12.- En la entidad en la que usted se desempeña, el establecimiento de los parámetros de calificación ameritan a un análisis técnico:

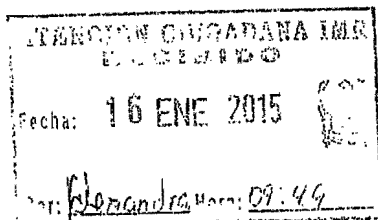
CUADRO No. 12

Estadísticas de la Pregunta No. 12

OPCION	Nº	%
SI	32	65%
NO	17	35%
TOTAL	49	100%

Gráfico de resultados de la Pregunta No. 12





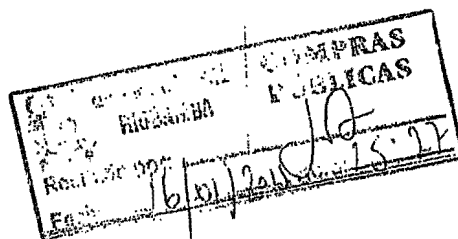
0943-02

Oficio Nro. SERCOP-CZ3-2015-0050-O

Ambato, 13 de enero de 2015

Señor Ingeniero
Byron Napoleón Cadena Oleas
Alcalde del Cantón Riobamba
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
RIOBAMBA
Av. 5 de Junio y José Veloz. Riobamba - Chimborazo.

Entidad Contratante: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL
CANTÓN RIOBAMBA
Código del procedimiento: CTO-GADMR-007-2014
Objeto del Procedimiento: CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO PLUVIAL
BARRIOS CISNEROS Y RETAMAL DE TAPI
Estado del Procedimiento: En Curso
Provincia / Cantón: CHIMBORAZO / RIOBAMBA
Presupuesto Referencial (sin IVA): USD 262,630.97
Tipo de Compra: Obra
Tipo Contratación: Cotización
Fecha de Publicación: 2014-12-31 17:00:00



De mi consideración:

El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, como órgano rector de la contratación pública en el país, entre sus atribuciones, le corresponde asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, así como, administrar el Registro único de Proveedores -RUP-; el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNCP- establece como atribuciones del SERCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas Entidades Contratantes.

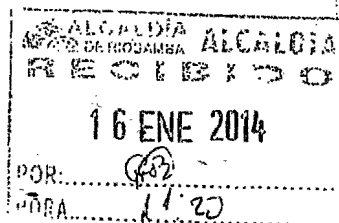
Para ejercer el control del sistema, el SERCOP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la LOSNCP, podrá: "(...) solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud".

De la revisión del pliego del procedimiento precontractual, de la información correspondiente publicada en el portal institucional del SERCOP, sobre el análisis y recomendación formulado por la Coordinación Zonal 3 del Servicio Nacional de



www.compraspublicas.gub.ec

Calle:
Avenida: Av. de los Uchuas, 21-23 y El Volcadero, Edificio 3110001
Centro Financiero de Coordinación Jorge Washington 174-23 y Amazonas
Teléfono: 02 2240 000 / 02 2240 001



Oficio Nro. SERCOP-CZ3-2015-0050-O

Ambato, 13 de enero de 2015

Contratación Pública, se ha observado lo siguiente:

RIESGO: CPC

HALLAZGOS: El código del Clasificador Central de Productos CPC con el que se publicó el procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP es el "532900011" que corresponde a "OTRAS OBRAS DE INGENIERÍA CIVIL", debiendo señalar que, éste debe ser aplicado únicamente cuando no existe una clasificación que abarque el objeto contractual de la contratación; sin embargo y para el presente caso, existen códigos específicos que se ajustan a la naturaleza de la contratación, por lo que el código más adecuado es, "542510012 CONSTRUCCION DE REDES URBANAS DE ALCANTARILLADO". Consecuentemente, la selección de un código CPC incorrecto se traduce en que las invitaciones al proceso lleguen a oferentes que se encuentran inscritos en servicios diferentes a los requeridos por la Entidad Contratante y contraviniendo de esta manera los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad.

INFORMACIÓN / ACCIÓN REQUERIDA: Dar respuesta al hallazgo formulado.

RIESGO: Cronograma del procedimiento en el pliego

BASE LEGAL: Art. 31 de la LOSNCP, Art. 22 del RGLOSNCP, Resolución INCOP 54-2011

HALLAZGOS: El numeral 3 de la convocatoria del pliego del procedimiento de contratación no determina la fecha ni la hora en la que los proveedores presentarán sus ofertas. Ante lo cual la Entidad no ha considerado lo dispuesto en el modelo de pliego de uso obligatorio para las Entidades Contratantes emitido por el SERCOP que en su parte pertinente señala "... En consecuencia, la entidad contratante asume la responsabilidad por los ajustes y/o modificaciones realizadas a las condiciones particulares del presente pliego, así como por la determinación y aplicabilidad de los formularios previstos para el presente procedimiento, y reemplazará todo texto que conste en paréntesis por el contenido pertinente". Si bien la fecha constan en el cronograma del portal institucional del SERCOP, la Entidad Contratante dentro de la fase de preparación de un proceso de contratación, debe elaborar el pliego, que de acuerdo al artículo 6 numeral 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, son los "Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública". Es decir, las fechas y horas de control para el cronograma del procedimiento debieron ser programadas de acuerdo a la planificación institucional y, revisadas previamente a la creación y publicación del procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP para que exista total coherencia entre las fechas indicadas en el Portal con lo que consta en el pliego del procedimiento.

INFORMACIÓN / ACCIÓN REQUERIDA: Dar respuesta al hallazgo formulado.

RIESGO: Metodología de Evaluación (cumple, no cumple)

BASE LEGAL: Art. 27 de la LOSNCP y 20, 28 del RGLOSNCP, Resolución SERCOP Nro. 03 - 2014



www.compraspublicas.gob.ec

Quito

Medio: Av. de la Shyris 21 20 y 14 Telégrafo, Edificio SERCOP

Centro Nacional de Capacitación: Jorge Washington C4-60 y Amazonas

Teléfonos: 02 2440 050 / 02 2268 665

Oficio Nro. SERCOP-CZ3-2015-0050-O

Ambato, 13 de enero de 2015

HALLAZGOS:

1. La Entidad en lo referente a experiencia no aclara si los proyectos presentados como experiencia específica van a ser considerados también como experiencia general, de ser así el caso se estaría evaluando dos veces al mismo proyecto. Además la evaluación de la experiencia mínima del personal técnico, sin embargo no ha determinado el número de proyectos, ni el período de tiempo en el cual los proyectos debieron ser ejecutados para ser considerado como válidos. En esas dos líneas, es preciso señalar que, la metodología es deficiente debido a que la definición de un parámetro de evaluación debe considerar el número de proyectos y sus montos ejecutados en determinado periodo de tiempo, pues de no hacerlo, o sólo requerir uno de ellos, se traduce en que la evaluación de ofertas carezca de sustento y transparencia.

2. Se ha establecido también la evaluación de los parámetros "Metodología y cronograma de ejecución del proyecto", sin haber definido las condiciones mínimas que debe cumplir los oferentes sobre este parámetro. 3. En el numeral 4.1.8 Verificación de cumplimiento de integridad y requisitos mínimos de la oferta se ha establecido también la evaluación del parámetro "Análisis de precios unitarios" sin una definición de las condiciones que el oferente debe cumplir para que su oferta sea calificada, ante lo cual, es preciso señalar que, los parámetros de evaluación deben estar completamente definidos. Adicionalmente la Entidad hace referencia a que "si el monto ofertado corregido aritméticamente supera el monto contractual, la oferta económica queda inhabilitada", al respecto cabe indicar que, en los modelos de pliegos de uso obligatorio elaborados por el SERCOP claramente se establece que la oferta económica se valorará con puntaje y en consecuencia este parámetro no puede considerarse ni utilizarse bajo ninguna interpretación en un escenario para el rechazo o descalificación de ofertas.

INFORMACIÓN / ACCIÓN REQUERIDA: Dar respuesta a los hallazgos formulados.

RIESGO: Metodología de Evaluación por puntaje

BASE LEGAL: Art. 27 de la LOSNCP y Arts. 20 y 28 del RGLOSNC

HALLAZGOS:

1. La Entidad ha determinado la evaluación de la experiencia general, experiencia específica, sin embargo no se ha definido un monto de experiencia requerido y no se define el monto del proyecto ni su periodo de tiempo que deberán cumplir los oferente para que la oferta sea calificada. Ante esto, el numeral 4.2 "Evaluación por puntaje" de la sección IV de las condiciones particulares del modelo de pliego de uso obligatorio para las entidades contratantes en "Criterios generales" establece que *"La metodología debe estar integralmente desarrollada, de tal modo que no haya lugar a confusión o discrecionalidad en su aplicación..."* es decir que, en la definición de cada parámetro a ser calificado por la Entidad se debe considerar el número de proyectos y sus montos ejecutados en determinado periodo de tiempo.



www.compraspublicas.gob.ec

Calle

Ministerio de las Uñas, 21-20 y El Trébol, Edificio SERCOP

Centro Nacional de Capacitación: Jorge Washington (A-3) y Amazonas

Teléfonos: 02 2940 050 / 02 2363 695

Oficio Nro. SERCOP-CZ3-2015-0050-O

Ambato, 13 de enero de 2015

2. La Entidad ha determinado la evaluación por puntaje de la experiencia del personal técnico, sin haber definido un número de proyectos, ni el período de tiempo en los cuales los oferentes deben presentar los proyectos, además que, los proyectos que solicita para esta experiencia son los determinados en la etapa de evaluación "Cumple / No cumple" razón por la cual todos los oferentes habilitados a esta etapa obtendrán la misma puntuación y nunca se alcanzaría la proporcionalidad.

3. Para los parámetros de calificación "Experiencia de personal técnico" y "Metodología y cronograma", no se ha definido la metodología que se utilizará la Entidad para valorar a las ofertas que no cumplan con las mejores condiciones. Ante esto el objetivo fundamental de una evaluación por puntaje es la de establecer las mayores o mejores capacidades técnicas o económicas de entre los participantes para esta etapa. Por otra parte, la Entidad debe tener en consideración que, la asignación de puntaje debe atender siempre a un principio de proporcionalidad entre el puntaje obtenido y la experiencia acreditada, en el cual obtenga mayor puntaje el participante que acredite mayores condiciones, en consecuencia el monto sería la condición principal y el número de proyectos las condiciones complementarias

4. La metodología definida para la evaluación de la oferta económica adolece de ciertas debilidades importantes ya que al final arrojará resultados poco razonables, pues ofertas más caras que otras tendrán valoraciones más altas. Ante lo cual es preciso requerir a la Entidad remita la metodología de calificación que va aplicar puesto que, la metodología descrita en el pliego para este parámetro es deficiente debido a que, el resultado como tal se origina en primer lugar en la metodología del promedio aritmético pues con ella, al trabajar por diferencias, no se considera realmente el valor de la oferta como tal sino su cercanía al valor de referencia. Al respecto, la metodología no aplica un principio lógico de asociatividad monto ofertado puntaje obtenido sino únicamente y de forma errónea disminución de puntos en razón de la ubicación dentro de la lista. La Entidad debe considerar la metodología en el modelo de pliego de uso obligatorio emitido por el SERCOP, en el cual señala "La oferta económica se evaluará aplicando un criterio inversamente proporcional; a menor precio, mayor puntaje..." .

5. Otro parámetro de calificación determinado por la Entidad es "Consistencia técnica de análisis de precios unitarios", en el cual no se ha definido los tipos de inconsistencias que serán considerados para la disminución del puntaje. 6. La Entidad ha establecido la evaluación por puntaje de los parámetros "Metodología y cronograma" otorgándole una valoración de 5 puntos y "Consistencia técnica de análisis de precios unitarios", determinando una valoración de 5 puntos, parámetros que se encuentran dentro de la categoría "Otro(s) parámetro(s) resuelto(s) por la Entidad", y que sumados estos no deben ser mayor a 5 puntos de acuerdo a las directrices correspondientes del modelo de pliego de uso obligatorio. Ante lo cual la Entidad ha inobservado la "Nota" del numeral 4.2 "Evaluación por puntaje" de la sección IV de la condiciones particulares del modelo de



Oficio Nro. SERCOP-CZ3-2015-0050-O

Ambato, 13 de enero de 2015


pliego de uso obligatorio para las entidades contratantes emitido por el SERCOP, en el que se indica "La Entidad Contratante podrá añadir otro u otros parámetros adicionales para evaluación de las ofertas, estableciendo su indicador, el medio de comprobación y su puntaje que en ningún caso será mayor a 5 puntos. No será restrictivo ni discriminatorio y deberá estar vinculado con las necesidades del proyecto y debidamente justificado"

INFORMACIÓN / ACCIÓN REQUERIDA: Dar respuesta a los hallazgos formulados.

El titular de la Entidad Contratante o representante legal de la misma, es el responsable de recibir y contestar este informe, en el término de siete (7) días. La falta de contestación a esta petición, o la ambigüedad en la respuesta en el término señalado, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley.

Con la contestación, o sin ella vencido el término legal señalado, el SERCOP tomará las medidas correspondientes, sin perjuicio de las acciones contempladas en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Atentamente,



Ing. Alexander Valverde Paredes
COORDINADOR ZONAL 3 TUNGURAHUA

rm





RIOBAMBA
GAD MUNICIPAL

www.gadmriobamba.gob.ec

26 FEB 2015

Alcía

16:20

Oficio Nro. GADMR-GA-CP-2015-0004-OF

Riobamba, 26 de febrero de 2015

Asunto: INFORME SOBRE PROCESOS DE COTIZACIÓN

Señor Ingeniero

Byron Napoleón Cadena Oleas

Alcalde del Cantón Riobamba

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

En su Despacho

De mi consideración:

En la medida que su autoridad me ha solicitado un informe respecto al contenido del Oficio Nro. SERCOP-SIDG-2015-0115-OF presentado por el Subdirector General del SERCOP el cual hace mención a la resolución de suspensión definitiva de los procedimientos de cotización de obra signados con los códigos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014, CTO-GADMR-006-2014 y CTO-GADMR-007-2014 debo manifestar que el SERCOP al ser el organismo rector en materia de contratación pública del estado ecuatoriano tiene bajo sus atribuciones ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Tal es así que, a través de los oficios SERCOP-CZ3-2015-0003-O de fecha 5 de enero de 2015, SERCOP-CZ3-2015-0029-O de 8 enero de 2015, SERCOP-CZ3-2015-0037-O de 9 de enero de 2015 y SERCOP-CZ3-2015-0050-O de 13 de enero de 2015, formule algunos hallazgos en los pliegos los mismos que fueron contestados dentro de los términos establecidos a través de oficios de Alcaldía No.0026-AI.C-2015, 0038-ALC-2015,0048-ALC-2015, debiéndose aclarar inclusive que las observaciones realizadas al proceso de código CTO-GADMR-007-2014 fueron contestadas oportunamente mediante Oficio No. 0063-AI.C-2015 de 27 de enero de 2015, acción contraría a la expuesta por el SERCOP en su edicto.

Las observaciones realizadas por la Coordinación Zonal 3 del SERCOP obedecen principalmente a consideraciones detalladas en las Condiciones Particulares de los pliegos, elaborados por cada una de las Comisiones Técnicas designadas a través de resoluciones administrativas de máxima autoridad para actuar en cada uno de los procedimientos. Éstas se relacionan principalmente con la metodología de evaluación (cumple, no cumple) y con la metodología de evaluación por puntaje.

Por lo que, a pesar de haber dado contestación a cada uno de los hallazgos, el SERCOP considera que los mismos no han sido desvanecidos, concluyéndose que el proceso de monitoreo y control iniciados por el organismo han finalizado, y las observaciones de orden técnico y legal son de cumplimiento obligatorio, e ineludiblemente deberán ser consideradas en el inicio de futuros procedimientos de contratación pública.

Cabe señalar que mediante memorandos No. GADMR-GA-CP-2015-0229-M, GADMR-GA-CP-2015-0230-M, GADMR-GA-CP-2015-0231-M y GADMR-GA-CP-2015-0232-M de fechas 19 de febrero de 2015 se ha hecho la devolución de la documentación de cada uno de los proyectos de contratación a la Dirección de Gestión de Obras Públicas para que gestione la actualización de partida presupuestaria y se tome en consideración las observaciones propuestas por el SERCOP.

Particular que comunico para los fines administrativos pertinentes.

Atentamente,



Econ. Victor Hugo Mejía Cisneros

ESPECIALISTA DE COMPRAS PÚBLICAS- LÍDER DE EQUIPO




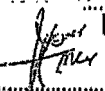
Gobierno Autónomo
Descentralizado Municipal
RIOBAMBA

www.gadmriobamba.gob.ec

Riobamba, 27 de enero de 2015
Oficio No. 0063-ALC-2015

Señor Ingeniero
Alexander Valverde Paredes
COORDINADOR ZONAL 3 SERCOP TUNGURAHUA
Presente.-

De mi consideración:

 SERCOP <small>SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN</small>	
Fecha: 15/01/2015	Hora: 15:47
RECIBIDO	
FIRMA: 	
NOMBRE: TATIANA CAIBÁN	

En relación por lo señalado por usted en su Oficio No. SERCOP-CZ3-2015-0050-O de fecha 13 de enero de 2015 y recibido en mi despacho con fecha 16 de enero de 2015, en mi calidad de máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, pongo a su consideración la contestación, relativa a los hallazgos detectados en el proceso de contratación identificado como: CTO-GADMR-007-2014, cuyo objeto es la CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO PLUVIAL BARRIOS CISNEROS Y RETAMAL DE TAPI.

Así, me refiero a continuación a los hallazgos detectados en el referido proceso de contratación:

Hallazgo
Se indica que:

El código del Clasificador Central de Productos CPC con el que se publicó el procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP es el "532900011" que corresponde a "OTRAS OBRAS DE INGENIERIA CIVIL", debiendo señalar que, este debe ser aplicado únicamente cuando no existe una clasificación que abarque el objeto contractual de la contratación; sin embargo y para el presente caso, existen códigos específicos que se ajustan a la naturaleza de la contratación, por lo que el código más adecuado es, "542510012 CONSTRUCCION DE REDES URBANAS DE ALCANTARILLADO". Consecuentemente, la selección de un código CPC incorrecto se traduce en que las invitaciones al proceso lleguen a oferentes que se encuentran inscritos en servicios diferentes a los requeridos por la Entidad Contratante y contraviniendo de esta manera los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia y publicidad.

Con relación a esto me refiero indicando que la entidad elige el código CPC "532900011" que corresponde a "OTRAS OBRAS DE INGENIERIA CIVIL", puesto que se trata de una obra de ingeniería civil, de tal manera que no se genera ningún riesgo ni alteración en el procedimiento de contratación, pudiéndose



evidenciar en el portal institucional del SERCOP que para el presente proceso de contratación en la parte de resumen de invitaciones, **PROVEEDORES GANADORES DEL SORTEO Y AUTOINVITADOS EN EL PROCESO DE COTIZACION**, contándose con un total de 19059 invitaciones, siendo que el mencionado código CPC, se refiere a obras de ingeniería civil, está claro que se ha invitado a profesionales acorde al objeto de contratación, de esta manera se ha aplicado los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad.

Hallazgo

Se indica que:

"El numeral 3 de la convocatoria del pliego del proceso de contratación no determina la fecha ni la hora en la que los proveedores presentarán sus ofertas. Ante lo cual la Entidad no ha considerado lo dispuesto en el modelo de pliego de uso obligatorio para las Entidades Contratantes emitido por el SERCOP que en su parte pertinente señala "... En consecuencia, la entidad contratante asume la responsabilidad por los ajustes y/o modificaciones realizadas a las condiciones particulares del presente pliego, así como por la determinación y aplicabilidad de los formularios previstos para el presente procedimiento, y reemplazará todo texto que conste en paréntesis por el contenido pertinente". Si bien la fecha consta en el cronograma del portal institucional del SERCOP, la entidad contratante dentro de la fase de preparación de un proceso de contratación, debe elaborar el pliego, que de acuerdo con el artículo 6 numeral 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP -, son los "Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública". Es decir, las fechas y horas de control para el cronograma del procedimiento debieron ser programadas de acuerdo a la planificación institucional y, revisadas previamente a la creación y publicación del procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP para que exista total coherencia entre las fechas indicadas en el Portal con lo que consta en el pliego del procedimiento.

Al respecto, se debe indicar que esta Entidad, ha observado la nota contenida al pie del Índice de las Condiciones Particulares de Cotización de Obras que trata sobre las "Edición del modelo del pliego" dispuesta en los modelos de pliego de los procedimientos de Contratación de Obras: Cotización, Versión SERCOP 1.1 de uso obligatorio que han sido expedidos por el SERCOP, que en su parte pertinente señala "... La entidad contratante señalará en las condiciones particulares (...) las especificidades del procedimiento al que convoca y para el efecto detallará e individualizará las condiciones del mismo (...)." Razón por la cual con el fin de evitar una probable confusión entre la convocatoria y el Cronograma del procedimiento se ha creído conveniente en la convocatoria indicar textualmente lo siguiente: *"La oferta se presentará de forma física en la Secretaría*



*de la Comisión Técnica, ubicada en Secretaría del Departamento de Compras Públicas del GADMR, ubicada en la calle 5 de junio entre Veloz y Primera Constituyente, segunda planta; o de forma electrónica a través del Portal Institucional del SERCOP, caso en el que para ser válida deberá estar firmada electrónicamente; **hasta la fecha y hora establecidas en el cronograma del presente pliego**".*

Al mismo tiempo que, se debe considerar que el cronograma identificado en el pliego, se valida con el cronograma del procedimiento publicado en el Portal Institucional, además cabe recordar que el Art. 12 del Reglamento General de la Ley dispone que la hora oficial para todos los actos que se generen y desarrollen a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, la hora oficial será la que marque el Portal.

De lo transcrito se puede inferir que la Entidad no ha generado riesgo en el cronograma del procedimiento del Pliego, ya que claramente se detalla que las ofertas serán recibidas hasta la fecha y hora establecidas en el cronograma del presente proceso, teniendo como antecedente que en la recepción de las ofertas del presente proceso no se presentó ningún inconveniente.

Hallazgos

Metodología de Evaluación (cumple, no cumple)

1. La Entidad en lo referente a experiencia no aclara si los proyectos presentados como experiencia específica van a ser considerados también como experiencia general, de ser así el caso se estaría evaluando dos veces al mismo proyecto. Además la evaluación de la experiencia mínima del personal técnico, sin embargo no ha determinado el número de proyectos, ni el periodo de tiempo en el cual los proyectos debieron ser ejecutados para ser considerado como válidos. En esas dos líneas, es preciso señalar que, la metodología es deficiente debido a que la definición de un parámetro de evaluación debe considerar el número de proyectos y sus montos ejecutados en determinado periodo de tiempo, pues de no hacerlo, o sólo requerir uno de ellos, se traduce en que la evaluación de ofertas carezca de sustento y transparencia.

2. Se ha establecido también la evaluación de los parámetros "Metodología y cronograma de ejecución del proyecto", sin haber definido las condiciones mínimas que debe cumplir los oferentes sobre este parámetro. 3. En el numeral 4.1.8 Verificación de cumplimiento de integridad y requisitos mínimos de la oferta se ha establecido también la evaluación del parámetro "Análisis de precios unitarios" sin una definición de las condiciones que el oferente debe cumplir para que su oferta sea calificada, ante lo cual es preciso señalar que, los parámetros de evaluación deben estar completamente definidos. Adicionalmente la Entidad hace referencia a que "si el monto ofertado corregido aritméticamente supera el monto contractual, la oferta económica queda inhabilitada", al respecto cabe indicar que,



en los modelos de pliegos de uso obligatorio elaborados por el SERCOP claramente se establece que la oferta económica se valorara con un puntaje y en consecuencia este parámetro no puede considerarse ni utilizarse bajo ninguna interpretación en un escenario para el rechazo • descalificación de las ofertas.

Refiriéndome al Hallazgo 1, debo indicar que la entidad de acuerdo con el modelo de pliego de los procedimientos de Contratación de Obras: Cotización, Versión SERCOP 1.1 en la SECCIÓN IV, EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, numeral 4.1.4 Experiencia general y específica mínima, específicamente en el literal c.; el modelo de pliego establece en la experiencia específica lo siguiente: *"La experiencia específica mínima deberá estar directamente relacionada con el objeto de la contratación."*; razón por la cual la entidad establece en la SECCIÓN IV, EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, numeral 4.1.4 Experiencia general y específica mínima, específicamente en el literal d. lo siguiente: *"La experiencia específica mínima deberá estar directamente relacionada con el objeto de la contratación debiendo acreditar con un máximo de dos obras el 60% del monto contractual."*, se evidencia que el GADM de Riobamba se acoge al modelo del pliego y cree conveniente también indicar el número de obras que serán evaluadas y el monto requerido, este último se lo fija mediante porcentaje; de tal manera que la entidad amplía lo establecido en el modelo de pliego. Cabe indicar que en la SECCIÓN IV, EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, numeral 4.1.4 Experiencia general y específica mínima, específicamente en el literal a) se indica que "El oferente deberá acreditar experiencia en obras civiles,...).

De lo expuesto se verifica que el requisito para la experiencia general en cuanto a obras se refiere a dos obras en general, y para la experiencia específica se requiere obras que se encuentren directamente relacionadas con el objeto de la contratación.

Por lo descrito se colige que no existiría carencia de sustento y transparencia en la evaluación de las ofertas.

En relación al Hallazgo 2, se establece el parámetro "Metodología y cronograma de ejecución del proyecto" y se define las condiciones de presentación de la misma, en el Formulario de la oferta, específicamente en el numeral, 1.7 METODOLOGÍA DE CONSTRUCCIÓN donde se indica textualmente *"Indicar con el suficiente detalle la metodología y procedimientos a seguirse para los diferentes trabajos de ejecución de las obras. **Se considerará** la correcta secuencia de actividades y el número de frentes de trabajo simultáneo que se propone. Usar las hojas que se consideren necesarias. El oferente no reproducirá las especificaciones técnicas de la obra para describir la metodología que propone usar."*; por lo que los oferentes deben presentar la información de manera detallada, bajo el requerimiento establecido.

De lo expuesto, se colige que la Entidad no ha generado riesgos en la Metodología de Evaluación (cumple, no cumple), permitiéndome señalar que el



procedimiento se enmarca dentro de los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, oportunidad, transparencia, publicidad; y, participación nacional, descritos en el Art. 4 de la LOSNCP, asimismo en la etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, no se realizaron consultas o preguntas relacionadas con la metodología materia de análisis. 3. La entidad en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente en el numeral 4.2. Evaluación por puntaje: Consistencia técnica de análisis de precios unitarios establece lo siguiente:

Consistencia técnica de análisis de precios unitarios	Este parámetro tendrá una calificación de 5 puntos. Los análisis de precios unitarios principales que sumados den el 80% del monto contractual tendrán el máximo de puntaje (5 puntos). Por cada inconsistencia presentada en los análisis de precios unitarios se disminuirá 0.5 puntos.
---	---

En consecuencia se indica claramente la manera de calificación para este parámetro, tomando en cuenta la disminución de puntaje por cada inconsistencia presentada.

De acuerdo al modelo de Pliego de Cotización, Versión SERCOP 1.1 en el Formulario de la Oferta, numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO, específicamente en el numeral 12 indica que el oferente "Se somete a las disposiciones de la LOSNCP, de su Reglamento General, de las resoluciones del SERCOP y demás normativa que le sea aplicable". Razón por la cual en concordancia con la Resolución RE-2013-000083, Artículo 8 expresa que "Cuando en las ofertas se detectare errores aritméticos relativos a los precios totales previstos en la tabla de cantidades y precios o cantidades requeridas por las entidades contratantes, será la máxima autoridad o su delegado o la Comisión Técnica, según corresponda, el responsable de efectuar la corrección aritmética de la oferta. En ningún caso la máxima autoridad o su delegado o la Comisión Técnica, según el caso, podrá modificar el precio unitario ofertado".

Por ello el GADM de Riobamba establece en relación a lo antes mencionado que de ser el caso se realizara la corrección aritmética y que si luego de la corrección se evidencia que el monto ofertado supera al monto contractual establecido por la entidad, la oferta será descalificada, ya que no conviene para los intereses institucionales, pues el presupuesto ya ha sido asignado para la obra a contratarse, de acuerdo a la siguiente partida presupuestaria:



PARTIDA PRESUPUESTARIA	PROYECTO	FINANCIAMIENTO	VALOR INCLUIDO IVA
3.6.750103.00 Ítem.- De Alcantarillado	119206.004 Alcantarillado Sanitario y Pluvial	Ley COOTAD 2013	\$294,146.69
		TOTAL:	\$294,146.69

Hallazgos

Metodología de Evaluación por puntaje

1. La entidad ha determinado la evaluación de la experiencia general, experiencia específica, sin embargo para la experiencia general no se ha definido un monto de experiencia requerido y para la experiencia específica no se define el monto del proyecto ni su periodo de tiempo que deberán cumplir los oferentes para que la oferta sea calificada. Ante esto, el numeral 4.2 "Evaluación por puntaje" de la sección IV de las condiciones particulares del modelo de pliego de uso obligatorio para las entidades contratantes en "Criterios generales" establece que "La metodología debe estar íntegramente desarrollada, de tal modo que no haya lugar a confusión o discrecionalidad en su aplicación..." es decir, en la definición de cada parámetro a ser calificado por la Entidad se debe considerar el número de proyectos y sus montos ejecutados en determinado periodo de tiempo.
2. La entidad ha determinado la evaluación por puntaje de la experiencia del personal técnico, sin haber definido un número de proyectos, ni el periodo de tiempo en los cuales los oferentes deben presentar los proyectos, además que, los proyectos que solicita para esta experiencia son los determinados en la etapa de evaluación "Cumple / No cumple" razón por la cual todos los oferentes habilitados a esta etapa tendrán la misma puntuación y nunca se alcanzaría la proporcionalidad.
3. Para los parámetros de calificación "Experiencia del personal técnico" y "Metodología y cronograma", no se ha definido la metodología que se utilizara la entidad para valorar a las ofertas que no cumplan con las mejores condiciones. Ante esto el objetivo fundamental de una evaluación por puntaje es la de establecer las mayores o menores capacidades técnicas o económicas de entre los participantes para esta etapa. Por otra parte, la entidad debe tener en consideración que, la asignación de puntaje debe atender siempre a un principio de proporcionalidad entre el puntaje obtenido y la experiencia acreditada, en el cual obtenga mayor puntaje el participante que acredite mayores condiciones, en consecuencia el monto sería la condición principal y el número de proyectos las condiciones complementarias.
4. La metodología definida para la evaluación de la oferta económica adolece de ciertas debilidades importantes ya que al final arrojará resultados poco razonables, pues ofertas más caras que otras tendrán valoraciones más altas.



Ante lo cual es preciso requerir a la entidad remita la metodología de calificación que va a aplicar puesto que, la metodología descrita en el pliego para este parámetro es deficiente debido a que, el resultado como tal se origina en primer lugar en la metodología del promedio aritmético pues con ella, al trabajar por diferencias, no se considera realmente el valor de la oferta como tal sino su cercanía al valor de referencia. Al respecto, la metodología no aplica un principio lógico de asociatividad monto ofertado puntaje obtenido sino únicamente y de forma errónea disminución de puntos en razón de la ubicación dentro de la lista. La entidad debe considerar la metodología en el modelo de pliego de uso obligatorio emitido por el SERCOP, en el cual señala "La oferta económica se evaluara aplicando un criterio inversamente proporcional; a menor precio, mayor puntaje".

5. Otro parámetro de calificación determinado por la Entidad es "Consistencia técnica de análisis de precios unitarios", en el cual no se ha definido los tipos de inconsistencias que serán considerados para la disminución del puntaje.

6. La entidad ha establecido la evaluación por puntaje de los parámetros "Metodología y cronograma" otorgándole una valoración de 5 puntos y "Consistencia técnica de análisis de precios unitarios", determinando una valoración de 5 puntos, parámetros que se encuentran dentro de la categoría "Otro(s) parámetro(s) resuelto(s) por la entidad", y que sumados estos no deben ser mayor a 5 puntos de acuerdo a las directrices correspondientes del modelo de pliego correspondientes del modelo de pliego de uso obligatorio. Ante lo cual la entidad la Entidad ha inobservado la "Nota" del numeral 4.2 "Evaluación por puntaje" de la sección IV de las condiciones particulares del modelo de pliego de uso obligatorio para las entidades contratantes emitido por el SERCOP, en el que se indica *"La Entidad Contratante podrá añadir otro u otros parámetros adicionales para evaluación de las ofertas, estableciendo su indicador, el medio de comprobación y su puntaje que en ningún caso será mayor a 5 puntos. No será restrictivo ni discriminatorio y deberá estar vinculado con las necesidades del proyecto y debidamente justificado"*.

Con relación al Hallazgo 1, pongo de manifiesto que en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente en el numeral 4.1.4 Experiencia general y específica mínima; indica textualmente en el literal a y d lo siguiente:

- a. El oferente deberá acreditar experiencia en obras civiles, con dos obras/proyectos en los últimos diez años, cuyo valor total que resulte de la sumatoria de los montos de ejecución de dos obras/proyectos, sea igual o superior al 60% del presupuesto referencial del proyecto materia de la presente convocatoria. El oferente deberá justificar dicha experiencia con los documentos correspondientes; Actas de Recepción Definitiva, Provisional o Planillas de Liquidación, Contratos, Facturas, etc.



- d. **La experiencia específica mínima deberá estar directamente relacionada con el objeto de la contratación debiendo acreditar con un máximo de dos obras el 60% del monto contractual.**

En conclusión al definir el porcentaje del monto del presupuesto referencial, se está estableciendo el monto fijo al cual deben llegar los oferentes para poder validar su oferta, de manera clara y concisa sin lugar a equivocaciones, ya que se parte de un elemento fijo que es el presupuesto referencial, por lo que se denota la ausencia de una metodología deficiente.

Con respecto al Hallazgo 2, debo indicar que la entidad de acuerdo con el modelo de pliego de los procedimientos de Contratación de Obras: Cotización, Versión SERCOP 1.1 en la SECCIÓN IV, EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, numeral 4.1.5 Experiencia mínima del personal técnico:, específicamente en el literal a. señala lo siguiente: *"De utilizarse, la Entidad Contratante deberá definir cuál es la experiencia que cada uno de los miembros del personal técnico mínimo deberá acreditar como mínimo, ya sea en años, número o monto de proyectos en los que haya participado."*; la entidad se acoge al modelo de pliego establecido por el SERCOP y define lo siguiente:

Personal técnico	Posición que ocupa	Experiencia	
Ing. Civil	Director técnico	Mínimo el 60 % en trabajos similares	
Ing. Civil	Residente de Obra	Mínimo 40% en trabajos similares	

Es decir la entidad cumple con lo requerido en el pliego ya que se indica que la experiencia que cada uno de los miembros del personal técnico puede ser en años, número o montos de proyectos, como se puede ver en el recuadro se establece el monto requerido de experiencia, mediante el porcentaje, y no solo eso, sino que la entidad ha creído conveniente también indicar la posición que ocupara el personal.

De lo referido al Hallazgo 3 se establece de la siguiente manera la forma en que se valora las ofertas:

Experiencia del personal técnico	El presente parámetro tendrá un puntaje de 5 puntos, es decir 2.5 puntos por la experiencia del Director Técnico y 2.5 por la experiencia del Residente de Obra, dando como máximo 5
----------------------------------	--



	<p>puntos. El oferente que cumpla con la experiencia del personal técnico requerido recibirá el máximo puntaje que es de 5 puntos.</p> <p>Personal técnico:</p> <ul style="list-style-type: none">• Ing. Civil en calidad de Director técnico, la experiencia que deberá acreditar es de mínimo el 60 % en trabajos similares• Ing. Civil en calidad de Residente de Obra, la experiencia que deberá acreditar es de mínimo el 40 % en trabajos similares
Metodología y cronograma	<p>Se otorgara 5 puntos a aquellos participantes que cumplan con los siguientes requerimientos:</p> <p>2 puntos para el cronograma valorado de trabajos que se encuentre cronológicamente bien elaborado.</p> <p>2 puntos para la concordancia entre la metodología y cronograma valorado de trabajos.</p> <p>1 punto para el plan de mitigación, manejo y control del impacto ambiental producido por los diferentes trabajos ejecutados en la obra.</p>

En conclusión los oferentes que cumplan con los requisitos mínimos que se han establecido para la Experiencia del personal técnico, obtendrán el puntaje establecido por la entidad, y aquellos que no cumplan, serán inhabilitados ya que no pasarían la primera etapa de evaluación que es el método cumple/no cumple.

En cuanto a la Metodología y cronograma los oferentes que cumplan con lo exigido por el GADM de Riobamba como se detalla en el formulario de la oferta, específicamente en el numeral 1.7 **METODOLOGÍA DE CONSTRUCCIÓN:** *"Indicar con el suficiente detalle la metodología y procedimientos a seguirse para los diferentes trabajos de ejecución de las obras. **Se considerará** la correcta secuencia de actividades y el número de frentes de trabajo simultáneo que se propone. Usar las hojas que se consideren necesarias. El oferente no reproducirá las especificaciones técnicas de la obra para describir la metodología que propone usar".* Para lo cual se utilizara lo determinado en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente el numeral 4.2. Evaluación por puntaje, Metodología y cronograma:

Se otorgara 5 puntos a aquellos participantes que cumplan con los siguientes requerimientos:



2 puntos para el cronograma valorado de trabajos que se encuentre cronológicamente bien elaborado.

2 puntos para la concordancia entre la metodología y cronograma valorado de trabajos.

1 punto para el plan de mitigación, manejo y control del impacto ambiental producido por los diferentes trabajos ejecutados en la obra.

Por lo cual el GADM de Riobamba considera clara y precisa la calificación de las ofertas, en cuanto a los parámetros mencionados.

Con respecto a la asignación de puntaje en cuanto a la experiencia acreditada, se establece en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente el numeral 4.2. Evaluación por puntaje, Experiencia general:

Experiencia general	<p><u>El presente parámetro tendrá un puntaje de 10 puntos, es decir 2.5 puntos por cada proyecto de características similares, dando como máximo 10 puntos.</u></p> <ul style="list-style-type: none">a. <u>El oferente deberá acreditar experiencia en obras civiles, se evaluará en experiencia como trabajos similares a la obra con cuatro obras/proyectos en los últimos diez años.</u>b. El oferente deberá justificar dicha experiencia con los documentos correspondientes; Actas de Recepción Definitiva, Provisional o Planillas de Liquidación, Contratos, Facturas, etc.c. La experiencia adquirida en calidad de subcontratista será reconocida y aceptada por la Entidad Contratante, siempre y cuando tenga directa relación al objeto contractual. De igual manera, para los profesionales que participan individualmente, será acreditable la experiencia adquirida en relación de dependencia, ya sea en calidad de fiscalizador, administrador de contrato, residente o superintendente de trabajos y su valoración, cuando gire en torno a los montos contractuales, se cumplirá considerando el 40% del valor del contrato en el que tales profesionales participaron en las calidades que se señalaron anteriormente.
---------------------	--



Con lo expuesto en el recuadro se puede evidenciar que se evalúa tanto el número de proyectos como el tiempo dentro del cual serán evaluadas las ofertas, aparte de que en la etapa de cumple/no cumple ya se señala con claridad el porcentaje (monto) que se debe acreditar específicamente en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente el numeral 4.1.4 Experiencia general y específica mínima.

Frente al Hallazgo 4,

De lo advertido en el Hallazgo 4, la Entidad al definir este parámetro ha procedido de acuerdo al Art. 18 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

“Art.- 18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.”

El GADM del cantón Riobamba ha creído pertinente la utilización del método del doble promedio para la calificación por puntaje de la oferta económica, con esto se pretende evitar una reducción desmedida en la oferta económica, lo cual pondría en riesgo la calidad final de los trabajos ejecutados y el incumplimiento de los oferentes por el exceso de rebaja en los precios, aparte que, los distintos oferentes se encontrarían con una competencia desleal al competir por el menor precio; lo cual no es conveniente para los intereses institucionales, el Pliego elaborado y publicado ha buscado la combinación más ventajosa en los aspectos técnicos, legales y económicos, con el único propósito de otorgar a la ciudadanía obras y servicios de calidad, de acuerdo a los recursos disponibles.

Para constancia se describe a continuación la metodología que se utiliza para la calificación del parámetro en mención:

Oferta económica	<p>El presente parámetro tendrá un puntaje de 55 puntos. Para la calificación de la oferta económica se utilizará el método del doble promedio, es decir de las ofertas que cumplan con los parámetros mínimos, se obtendrá un primer promedio. Luego se obtendrá un segundo promedio utilizando el primer promedio y el presupuesto referencial elaborado por la institución.</p> <p>La oferta económica que más se acerque a este segundo promedio obtendrá la totalidad del puntaje (55 puntos). Las ofertas que se encuentran en orden de prelación, tanto de forma ascendente como descendente se evaluarán con una disminución de 2 puntos en relación a la que obtuvo el mayor puntaje. Este parámetro se aplicará de acuerdo a la ubicación de las ofertas se</p>
------------------	---



	<p>disminuirá 2 puntos por cada posición en la que se encuentra cada oferta.</p> <p>Se actuará de acuerdo al Art. 18 de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.</p> <p>Art.- 18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.</p>
--	---

De lo manifestado en el hallazgo 5: La entidad en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente en el numeral 4.2. Evaluación por puntaje: Consistencia técnica de análisis de precios unitarios establece lo siguiente:

Consistencia técnica de análisis de precios unitarios	<p>Este parámetro tendrá una calificación de 5 puntos.</p> <p>Los análisis de precios unitarios principales que sumados den el 80% del monto contractual tendrán el máximo de puntaje (5 puntos). Por cada inconsistencia presentada en los análisis de precios unitarios se disminuirá 0.5 puntos.</p>
---	---

En consecuencia se indica claramente la manera de calificación para este parámetro, tomando en cuenta la disminución de puntaje por cada inconsistencia presentada, entendiéndose que las únicas inconsistencias que se pudieren presentar en los análisis de precios unitarios son la no ocupación de mano de obra certificada, y no ocupar los materiales necesarios para cumplir con las especificaciones del rubro. Cabe recalcar que los oferentes al ser ingenieros civiles, entienden perfectamente cuales son las únicas inconsistencias que se pueden presentar en los análisis de precios unitarios.

Refiriéndome al hallazgo 6: la entidad de acuerdo con el modelo de pliego de los procedimientos de Contratación de Obras: Cotización, Versión SERCOP 1.1 en la SECCIÓN IV, EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, 4.2. Evaluación por puntaje:, **Nota: "La Entidad Contratante podrá añadir otro u otros parámetros adicionales para evaluación de las ofertas, estableciendo su indicador, el medio de comprobación y su puntaje que en ningún caso será mayor a 5 puntos. No será restrictivo ni discriminatorio y deberá estar vinculado con las necesidades del proyecto y debidamente justificado."*

En concordancia con lo establecido en el modelo de pliego del SERCOP la entidad ha creído conveniente de acuerdo a los intereses institucionales establecer los parámetros "Consistencia técnica de análisis de precios unitarios" y "Metodología y cronograma"; y ha establecido de manera clara la manera de valoración de los



Gobierno Autónomo
Descentralizado Municipal

RIOBAMBA

www.gadmriobamba.gob.ec

mismos; esto es en la SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente en el numeral 4.2. Evaluación por puntaje: Consistencia técnica de análisis de precios unitarios; y SECCIÓN IV EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS, específicamente el numeral 4.2. Evaluación por puntaje, Metodología y cronograma; respectivamente.

De tal manera que en el modelo de pliego en su parte pertinente al decir... *podrá añadir otro u otros parámetros...* se ha añadido los parámetros "Consistencia técnica de análisis de precios unitarios" y "Metodología y cronograma" con una valoración cada uno de cinco puntos tal como lo indica el modelo de pliego (... *puntaje que en ningún caso será mayor a 5 puntos...*).

Cordialmente,


Ing. Napoleón Cadena Oleas
ALCALDE GADM DE RIOBAMBA

c.c. Archivo

Oficio Nro. SERCOP-SDG-2015-0115-OF

Quito, D.M., 29 de enero de 2015

Señor Ingeniero
Byron Napoleón Cadena Oleas
Alcalde del Cantón Riobamba
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA
Av. 5 de Junio y José Veloz, Riobamba - Chimborazo.

De mi consideración:

Entidad Contratante: GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTON RIOBAMBA

Código del procedimiento	Objeto contractual	Estado del procedimiento	Presupuesto referencial	Fecha de publicación
CTO-GADMR-004-2014	CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO PLUVIAL DEL BARRIO SAN JOSÉ DE TAPI	Calificación de participantes	USD 310,281.44	2014-12-18 16:00:00
CTO-GADMR-005-2014	CONSTRUCCIÓN DEL ADOQUINADO DE LA COOPERTATIVA DE VIVIENDA	Calificación de participantes	USD 313,872.93	2014-12-22 16:00:00
CTO-GADMR-006-2014	ASFALTADO DE LAS CALLES CAPITÁN EDMUNDO CHIRIBOGA Y LAS BEGONIAS	Calificación de participantes	USD 369,170.50	2014-12-30 16:00:00
CTO-GADMR-007-2014	CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO PLUVIAL BARRIOS CISNEROS Y RETAMAL DE TAPI	Calificación de participantes	USD 262,630.97	2014-12-31 17:00:00

Tipo de contratación: Obra

Tipo de Procedimiento: Cotización.

SUBDIRECCIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP).-

En Quito 26 de enero de 2015 a las 16h30.- En lo principal: a) Mediante Oficios Nros. SERCOP-CZ3-2015-0003-O de 05 de enero de 2015, SERCOP-CZ3-2015-0029-O de 08 de enero de 2015, SERCOP-CZ3-2015-0037-O de 09 de enero de 2015 y SERCOP-CZ3-2015-0050-O de 13 de enero de 2015 este ente rector ha corrido traslado a la Entidad Contratante para la máxima autoridad conteste los informes y los hallazgos que se han emitido por parte de esta dependencia. b) La finalidad básica de la supervisión es salvaguardar los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública y la aplicación de los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, para lo cual se ha de vigilar el cumplimiento de la normativa vigente en esta materia. c) De acuerdo con lo previsto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 6 corresponde al SERCOP ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de

Oficio Nro. SERCOP-SDG-2015-0115-OF

Quito, D.M., 29 de enero de 2015

contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes. Una vez que ha sido sustanciado el presente proceso de supervisión.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Mediante oficio No. 00038-ALC-2015 de 19 de enero de 2015 su representada se refiere a los hallazgos formulados en el procedimiento CTO-GADMR-004-2014 y que fueran notificados a través de oficio No. SERCOP-CZ3-2015-0029-O de 08 de enero de 2015. Por otro lado, mediante oficio No. 00026-ALC-2015 de 14 de enero de 2015 se refiere a los hallazgos formulados en el procedimiento CTO-GADMR-005-2014 notificados a través de oficio No. SERCOP-CZ3-2015-0003-O de 05 de enero de 2015, y, con oficio No. 00048-ALC-2015 de 21 de enero de 2015 refiere a los hallazgos formulados en el procedimiento CTO-GADMR-006-2014 notificados a través de oficio No. SERCOP-CZ3-2015-0037-O de 09 de enero de 2015.

2. Este Organismo ha establecido hallazgos idénticos a los de los procedimientos antes citados con relación al procedimiento signado con el código CTO-GADMR-007-2014, sobre el que, a pesar de no existir todavía un pronunciamiento de la Entidad, se determina y concluye que incurre en las mismas causales de observación.

3. Visto el estado actual de los procedimientos señalados, no le sería posible a la entidad contratante remediar, corregir o subsanar las inobservancias que a continuación se detallan y que, respecto de la evaluación de las ofertas, son transversales a todos los procedimientos.

De la documentación presentada por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba, y el análisis efectuado se verifica que:

PROCEDIMIENTOS: CTO-GADMR-004-2014 y CTO-GADMR-007-2014

Oficio Nro. SERCOP-SDG-2015-0115-OF

Quito, D.M., 29 de enero de 2015

RIESGO:	CPC
HALLAZGOS:	<p>El código del Clasificador Central de Productos CPC con el que se publicó el procedimiento de contratación en el portal institucional del SERCOP es el "532900011" que corresponde a "OTRAS OBRAS DE INGENIERIA CIVIL", debiendo señalar que, éste debe ser aplicado únicamente cuando no existe una clasificación que abarque el objeto contractual de la contratación; sin embargo y para el presente caso, existen códigos específicos que se ajustan a la naturaleza de la contratación, tal el caso del código "542510012 CONSTRUCCIÓN DE REDES URBANAS DE ALCANTARILLADO".</p> <p>Consecuentemente, la selección de un código CPC incorrecto se traduce en que las invitaciones al proceso lleguen a oferentes que se encuentran inscritos en servicios diferentes a los requeridos por la Entidad. Contratante, contraviniendo de esta manera los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad.</p>
ANALISIS:	<p>Al respecto, la Entidad señala que "...la entidad elige el código CPC 532900011 que corresponde a otras obras de ingeniería civil, de tal manera que no se genera ningún riesgo ni alteración en el procedimiento de contratación, pudiéndose evidenciar en el portal institucional del SERCOP que para el presente proceso de contratación en la parte de resumen de invitaciones, (...), contándose con un total de 19073 invitaciones, siendo que el mencionado CPC, se refiere a obras de ingeniería civil, está claro que se ha invitado a profesionales acorde al objeto contratación, de esta manera se ha aplicado los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad".</p> <p>Es preciso considerar que, el uso de códigos CPC tiene como finalidad, en primer lugar, consolidar las contrataciones atendiendo a su tipología en consideración del objeto contractual y, en segundo lugar, agrupar los proveedores que dentro de sus actividades económicas incluyen los bienes, servicios o ejecución de obras requeridas por las entidades contratantes regidas por el Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. En tal medida, carece de razonabilidad la sola argumentación de que al existir un determinado número de proveedores invitados al procedimiento, esto subsanaría el error de la entidad al no seleccionar el código correspondiente al objeto contractual, y por tanto no desvirtúa la limitación que podría significar para los oferentes habilitados en el código CPC que si corresponde al objeto contractual.</p>

Oficio Nro. SERCOP-SDG-2015-0115-OF

Quito, D.M., 29 de enero de 2015

PROCEDIMIENTOS: CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014, CTO-GADMR-006-2014 y CTO-GADMR-007-2014

RIESGO:	Metodología de Evaluación (por puntaje)
HALLAZGOS:	<p>La metodología definida para la evaluación de la oferta económica adolece de ciertas debilidades importantes ya que al final arrojará resultados poco razonables, pues ofertas más caras que otras tendrán valoraciones más altas. Ante lo cual es preciso requerir a la Entidad regnita la metodología de calificación que va aplicar puesto que, la metodología descrita en el pliego para este parámetro es deficiente debido a que, el resultado como tal se origina en primer lugar en la metodología del promedio aritmético pues con ella, al trabajar por diferencias, no se considera realmente el valor de la oferta como tal sino su cercanía al valor de referencia.</p> <p>Al respecto, la metodología no aplica un principio lógico de asociatividad monto ofertado puntaje obtenido sino únicamente y de forma errónea disminución de puntos en razón de la ubicación dentro de la lista. La Entidad debe considerar la metodología en el modelo de pliego de uso obligatorio emitido por el SERCOP, en el cual señala "<i>La oferta económica se evaluará aplicando un criterio inversamente proporcional; a menor precio, mayor puntaje...</i>".</p>

Quito, D.M., 29 de enero de 2015

<p>ANALISIS:</p>	<p>Observación a la cual la Entidad responde <i>"El GADM del cantón Riobamba ha creído pertinente la utilización del método del doble promedio para la calificación por puntaje de la oferta económica, con esto se pretende evitar una reducción desmedida en la oferta económica, lo cual pondría en riesgo la calidad final de los trabajos ejecutados y el incumplimiento de los oferentes por el exceso de rebaja en los precios,..."</i>.</p> <p>Al respecto, debe saber la entidad que la metodología del doble promedio para la evaluación de la oferta económica no está reconocida por la norma vigente por cuanto, formulada como en los casos sujetos a este análisis, podrá derivar en el otorgamiento de puntajes mayores a ofertas mas caras a cuenta de que están mas cercanas del doble promedio; particular que no es admisible al tenor de las disposiciones legales vigentes y las buenas prácticas. En tal virtud, los argumentos expuestos por su representada no desvirtúan la observación formulada.</p> <p>Complementariamente, la disposición establecida en la <i>"Nota"</i> de la sección IV del pliego del procedimiento que señala que <i>"Si el monto ofertado corregido aritméticamente supere el monto contractual, la oferta automáticamente queda inhabilitada"</i>, inobserva la norma legal y las disposiciones contenidas en los pliegos modelo de uso obligatorio en cuanto a que, la oferta económica en ningún caso podrá constituir causal para el rechazo o descalificación de una oferta.</p>
-------------------------	---

4.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) articula y armoniza a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos (Art. 1 LOSNCP)

5.- Corresponde al SERCOP, como entidad de derecho público, técnico, regulatorio y autónomo, ejercer la rectoría del SNCP en conjunto con los principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas para el planeamiento y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. El SERCOP podrá emitir observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, alertas o recomendaciones, que serán de cumplimiento obligatorio para las Entidades Contratantes.

6.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador SOCE es administrado por el SERCOP por mandamiento legal, y es el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un procedimiento de contratación pública.

7.- La Constitución de la República contempla que ningún servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones. Concomitantemente, el numeral 4 del Art. 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prevé que las instituciones del Estado, funcionarios y demás servidores, actúen dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá, entre otras cosas, a que se

Oficio Nro. SERCOP-SDG-2015-0115-OF

Quito, D.M., 29 de enero de 2015

coordine y complemente con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores. En orden a los antecedentes expuestos, de la supervisión efectuada, se concluye que la Entidad Contratante **NO** ha desvanecido los hallazgos reportados por la Coordinación Zonal 3 de este Organismo respecto de los procedimientos signados con los códigos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014 y CTO-GADMR-006-2014 y, **NO** podrá remediar, corregir o subsanar idénticas inobservancias establecidas respecto del procedimiento signado con el código CTO-GADMR-007-2014.- En virtud de las consideraciones expuestas, en mérito de la delegación conferida por el Señor Director General mediante resolución Nro. SERCOP-RI-0000127-2014 de 17 de Febrero de 2014, inherente a la competencia para dar por concluidos los procesos de monitoreo y control iniciados por el SERCOP, que sean tramitadas por la referida Coordinación Zonal, **RESUELVO:**

1.- A partir de la presente fecha, la **SUSPENSIÓN DEFINITIVA** de los procedimientos CTO-GADMR-004-2014, CTO-GADMR-005-2014, CTO-GADMR-006-2014 y CTO-GADMR-007-2014

2.- Disponer inmediatamente a la Coordinación Nacional de Innovación Tecnológica del SERCOP, la suspensión definitiva en el Portal Institucional de Compras Públicas.

3.- De conformidad con el Art. 15 de la LOSNCP, en caso que corresponda, córrase traslado a la Contraloría General del Estado el presente expediente.

4.- Notificar a la entidad contratante con el contenido de esta resolución. 5.- De manera supletoria el Coordinador Zonal 3 hará conocer sobre el contenido de esta resolución a la máxima autoridad de la entidad contratante, sin perjuicio de que la comunicación original le sea entregada por el servicio postal regular.

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Christian Andres Murgueytio Jeria
SUBDIRECTOR GENERAL

Copia:

Señor Ingeniero
Alexander Valverde Paredes
Coordinador Zonal 3 Tungurahua

Señora Ingeniera
Verónica Cecilia Buendía García
Coordinadora Nacional de Innovación Tecnológica

rm/ml/av/cf/jc/lc